J. P. GALVÃO DE SOUSA

O POSITIVISMO JURIDICO E O DIREITO NATURAL



SÃO PAULO
1940

Nihil obstat
26 Martii 1940
P. LINDOLPHO ESTEVES

Imprimatur
MONS. ERNESTO DE PAULA
Vig. Geral

ADVERTENCIA

Positivismo juridico, em sentido obvio, é a negação do direito natural, e a affirmação de que o unico direito que realmente existe é o direito positivo.

Entretanto, alguns autores positivistas confessam admittir o direito natural; outros, se bem que explicitamente o rejeitem, admittem-no implicitamente. E um positivismo juridico absoluto, que negue por completo o direito natural, só é defensavel, sem illogismo, pelos que reduzem o direito ás determinações arbitrarias da força socialmente preponderante.

Para melhor chegar a esta conclusão, mostraremos que:

1 — ha, na origem do positivismo juridico moderno, uma incomprehensão do verdadeiro sentido do direito natural (capitulo I);

2 — ha, em philosophia do direito, doutrinas positivistas que, pelos seus proprios principios, permittem chegar ao direito natural (capitulos II e III).

CLOVIS AUGUSTO BRIANT

O POSITIVISMO JURIDICO E O DIREITO NATURAL

CLOVIS AUGUSTO BRIANT

CAPITULO PRIMEIRO

DO DIREITO NATURAL CLASSICO AO POSITIVISMO JURIDICO

CLOVIS AUGUSTO BRIANT

Para bem comprehender o positivismo juridico, importa lembrar a evolução ideologica do direito natural.

Antes do positivismo, passara o conceito classico de direito natural por deturpações que muito o desprestigiaram, favorecendo o successo dos systemas que procuravam desterral-o para o mundo das chimeras.

Ha certas doutrinas de direito natural excessivamente abstractas e constituidas pelo abuso do methodo deductivo: as que se formaram depois de Grotius, Puffendorf, Rousseau e Kant. Mas ha tambem um systema de direito natural baseado na evidencia dos primeiros principios do conhecimento e resultante de uma analyse objectiva da natureza racional do homem. Esse systema encontra-se naquella concepção que, proveniente dos phi-

losophos gregos e dos jurisconsultos romanos, se incorporou ao patrimonio doutrinario da philosophia chamada por Bergson a metaphysica natural da intelligencia humana.

Geralmente, as criticas feitas ao direito natural attingem apenas o "jusnaturalismo" abstracto e deductivo. Entretanto, abroquelando-se nos argumentos utilizados por taes criticas, precipitam-se muitos a uma negação summaria de todo direito natural.

Não pretendemos dizer que o positivismo juridico se explica simplesmente como reacção contra as doutrinas modernas de direito natural. Seria desconhecer-lhe as causas mais profundas. Seria omittir a filiação da tendencia positivista, no direito, á mesma tendencia anteriormente manifestada na philosophia.

O seculo XIX foi o seculo positivista por excellencia. Offuscados certos espiritos pelo surto admiravel das sciencias experimentaes, pareceu-lhes ter sido chegado o tempo de uma completa revisão dos velhos principios admittidos pela maioria das escolas philosophicas. Era preciso rejeitar todo o *apriorismo* da escolastica e de alguns philosophos modernos, como Leibniz ou Kant. Só ao methodo posi-

tivo, isto é, construido sobre o alicerce inconcusso das realidades empiricas, seriam conferidos, dahi por deante, fóros de cidadania scientifica. O processo inductivo, que tão bons resultados trouxera nas sciencias physicas e naturaes, devia ser o unico a conduzir tambem as pesquizas sobre o homem e a sociedade.

Nada disso podemos esquecer na genese do positivismo philosophico e do positivismo juridico.

Mas é fóra de duvida, que aquelle equivoco a proposito do direito natural, sobre ter contribuido poderosamente para a formação do positivismo juridico, teve ainda por effeito propiciar-lhe uma grande acceitação (1).

A uma época dominada pelo progresso da technica e pela fascinação das sciencias expe-

(1) Embora se ache em franco declinio, nos dominios da philosophia do direito, ficou o positivismo juridico por demais generalizado entre os juristas de profissão. Em certos meios, delle ainda podemos dizer, com FRANÇOIS GÉNY que é "a attitude habitual e corrente dos interpretes do direito na hora actual", a "posição mais geralmente adoptada pelos jurisconsultos" (FR. GÉNY — *Science et technique en droit privé positif*, II, Recueil Sirey, Paris, 1927, p. 31 e *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, 2.ª edição, II, Librairie générale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1932, p. 334.)

rimentaes, não podiam satisfazer as abstracções dos Tratados que appareciam como uma herança da "escola do direito da natureza e das gentes" e que faziam esquecer o conceito objectivo do direito natural.

E' interessante todavia verificar que, mau grado as innumeras criticas provocadas pelo direito natural moderno, os positivistas muitas vezes se approximam, sem o perceber, dos principios fundamentaes do direito natural classico, nem sempre conhecido sufficientemente pelos seus adversarios.

I — Concepção classica de direito natural

A expressão DIREITO, correspondente ao latim *jus,* é usada hoje para designar o que os antigos chamavam de *justum* (o justo objectivo), *lex* (a norma de direito), *licitum* e *potestas* (direito subjectivo) e *jurisprudentia* (sciencia do direito). Trata-se de um termo analogo, isto é, que tem sentidos diversos mas relacionados entre si.

E' a lei que estabelece o que é justo e determina os direitos subjectivos. Mas as leis não podem ser elaboradas arbitrariamente pe-

lo legislador. Ha uma justiça anterior e superior á lei escripta, ha direitos que precedem a feitura das normas estatuidas pelo poder social competente. Esta justiça e estes direitos, que não dependem das prescripções da ordem juridica positiva, fundamentam-se na lei natural.

Distinguia Aristoteles o justo por natureza, do justo por lei. E os mestres da jurisprudencia em Roma affirmavam que, alem do direito proprio de cada Estado, existe um direito decorrente da natureza humana e, portanto, universal (2).

No seculo VII, Santo Isidoro de Sevilha entendia por direito natural, as leis de procreação e conservação da especie, communs ao homem e aos animaes, e as noções primeiras que são proprias dos seres racionaes, nelles produzindo effeitos conformes ao *aequum et bonum.* Mais tarde, o *Decretum* de Graciano inspirava-se nas lições de Santo Isidoro, e os escolasticos ensinavam ser a lei natural a participação da lei eterna no homem (3).

---

(2) ARISTOTELES, *Ethica Nicom.,* V. 7 (10). ULPIANO: D.1.1.1,3 e 4. GAIO: D.1.1.9. PAULO: D.1.1.11. Institut. (Justin.), 1.2.1 e 11.

(3) S. ISID., *lib. V Etymol.,* apud *Corpus Juris Canonici, Decretum Grat.,* I.ª Pars, Dist. I e IV. SANTO THOMAZ

Emfim, das fontes greco-romanas, aproveitadas na Idade Média, pelos canonistas e theologos, resultou toda uma tradição doutrinaria sobre a lei natural. Não obstante as multiplices variantes dessa tradição, é unanime a acceitação de um principio superior de conducta, regra geral de toda acção humana, inherente á propria natureza e criterio supremo da justiça e da equidade. Baseado na distincção entre o bem e o mal, o justo e o injusto, esse principio é universalmente admittido,

---

DE AQUINO, *S. Th.*, I.ª, II.ªe, q. 91 art. 2. Confirmando a doutrina das *"Etymologias"*, escreve o maior commentador de ARISTOTELES: *Est autem considerandum quod justum naturale est ad quod hominem natura inclinat. Attenditur autem in homine duplex natura. Una quidem, secundum quod est animal, quae sibi et aliis animalibus est communis. Alia autem natura est hominis, prout scilicet secundum rationem discernit turpe et honestum. Juristae autem illud tantum dicunt jus naturale quod consequitur inclinationem naturae communis homini et aliis animalibus, sicut conjunctio maris et feminae, educatio natorum, et alia hujusmodi. Illud autem jus quod consequitur propriam inclinationem naturae humanae, scilicet ut homo est rationale animal vocant juristae jus gentium, quia eo omnes gentes utuntur, sicut quod pacta sint servanda, et quod legati apud hostes sint tuti, et alia hujusmodi. Utrumque autem horum comprehenditur sub justo naturali, prout hic a Philosopho accipitur (In Ethic.*, lib. V, lec. 12). Quanto á distincção entre o *jus naturale* e o *jus gentium*, foge ao escopo do nosso trabalho. Note-se, no trecho citado, o principio *pacta sunt servanda*, mais tarde retomado por GROTIUS.

porque evidente, e assim póde formular-se: *devemos praticar o bem e evitar o mal.* E' o direito natural, de que dizia Paulo: *quod semper aequum ac bonum est jus dicitur, ut est jus naturale* (4).

Ninguem com maior elegancia do que Cicero discorreu sobre a lei fundamental da ordem juridica, essa *vera lex, recta ratio, naturae congruens, diffusa in omnes, constans, sempiterna* (5).

A lei natural é conforme á natureza, *naturae congruens.* Por isso mesmo, é a *recta ratio.* Pois a natureza humana é racional e

---

(4) D.1.1.11.

(5) É este um dos mais bellos trechos de CICERO, entre os muitos que nos deixou sobre a lei natural: *Est quidem vera lex, recta ratio, naturae congruens, diffusa in omnes, constans, sempiterna; quae vocet ad officium jubendo, vetando a fraude deterreat; quae tamen neque probos frustra jubet aut vetat, nec improbos jubendo aut vetando movet. Huic legi nec obrogari fas est, neque derogari ex hac aliquid licet, neque tota abrogari potest; nec vero aut per senatum, aut per populum solvi hac lege possumus; neque est quaerendus explanator aut interpres Sextus Aelius, nec erit alia lex Romae, alia Athenis; alia nunc, alia posthac: sed et omnes gentes et omni tempore una lex, et sempiterna et immutabilis continebit; unusque erit communis quasi magister et imperator omnium Deus, ille legis hujus inventor, disceptator, lator; cui qui non parebit, ipse se fugiet ac naturam hominis aspernatus, hoc ipso luet maximas poenas, etiam si cetera supplicia, quae putantur, effugerit* (*De Republica*, II, 22).

CLOVIS AUGUSTO BRIANT

2 — o direito natural, no sentido estricto, reduz-se aos primeiros principios da moralidade.

Expliquemos melhor essas duas conclusões, que nos farão comprehender o verdadeiro sentido do direito natural na sua concepção tradicional.

1. *O direito natural é essencialmente moral*

Toda lei se ordena para um bem, em vista de cuja consecução determina o que é preciso fazer, o que é prohibido ou o que é simplesmente permittido.

A lei natural tem em vista o bem humano, isto é, o bem da natureza humana como tal. Trata-se de um conceito que não é puramente abstracto, mas que suppõe um conhecimento experimental da natureza humana, das circumstancias reaes em que vive o homem, do que ha de permanente e variavel nelle.

Tomamos aqui *natureza* no sentido de essencia, e é preciso distinguir o que é natural, neste sentido, do espontaneo e do primitivo. Natural é o que corresponde á essencia de um ser. Ora, a essencia do homem, ou sua forma especifica, nos é dada pela razão. Natural é, pois, no homem, o que se conforma á recta razão. E não é difficil perceber no homem certas inclinações naturaes que se podem discernir dos appetites inferiores quando estes se oppõem á razão. O bem humano é o que propriamente corresponde a taes inclinações. Pela lei natural, todo homem tem, por exemplo, direito á vida, direito a constituir familia, direito ao producto do seu trabalho.

CLOVIS AUGUSTO BRIANT

Entretanto, esses direitos devem ser exercidos na ordem social em que vive o homem e a qual tambem corresponde a uma inclinação de sua natureza. Ora, a sociedade não se pode manter sem que sejam limitadas as actividades dos individuos e os seus direitos. Donde o direito positivo, que determina concretamente os preceitos da lei natural, em vista das exigencias do bem commum. Tem a pessoa humana direitos superiores á ordem social. Mas deve o homem, como parte do todo social, subordinar-se á collectividade.

Neste sentido, não se oppõe ao direito natural classico a idéa do direito positivo como conjuncto de condições restrictivas da liberdade para tornar possivel a coexistencia humana.

Dizemos que o direito natural é um direito essencialmente moral porque tem por fim o bem do homem emquanto homem. Ao passo que o direito positivo tem por objecto o bem humano social. E' verdade que o direito natural se applica ao homem na sociedade, — e não num hypothetico estado de natureza em que cada um vivesse isolado, — mas elle não é um simples corollario da sociabilidade humana, como o direito positivo. E o direito positivo, embora tambem seja moral, pelo seu fundamento, — pois se funda na lei natural, — caracteriza-se por uma technica peculiar adaptada ás exigencias do bem commum.

2. *O direito natural é reductivel aos primeiros principios da moral*

Deve-se fazer o bem e evitar o mal: eis o primeiro principio da lei da natureza, que contem virtualmente todos os outros. Já dissemos que a lei natural ordena os nossos actos para o bem humano e que o bem humano corresponde ás inclinações naturaes do homem. Seguindo a ordem dessas inclinações, vamos encontrando os diversos preceitos da lei natural, os quaes particularizam a idéa geral de que o bem humano deve ser feito.

Desses preceitos podemos tirar conclusões ainda mais particulares. Assim, por exemplo, uma das inclinações naturaes do homem é para a conservação da propria vida. Dahi resulta a propriedade como um direito conforme á lei natural, pois a vida humana não se pode manter sem que exerça o homem sobre as cousas da natureza, um dominio que lhe permitta apropriar-se dellas para satisfazer ás suas necessidades pessoaes.

Todas estas conclusões da lei natural resolvem-se naquelle principio generalissimo — *o bem deve ser feito e o mal evitado.*

Esse principio é de uma necessidade universal e de evidencia immediata. Procurar o seu proprio bem quer dizer, para o homem, viver de accôrdo com a razão, isto é, conservar racionalmente a propria vida, a vida da especie e a ordem social.

Ora, essa racionalização da vida é precisamente o objecto da moral. Eis porque os Tratados de Direito Natural, que se filiam á tradição cujas idéas procuramos aqui resumir, cuidam de muitos assumptos de philosophia moral (8).

(8) Cf. TAPARELLI D'AZEGLIO, LIBERATORE, V. CATHREIN, J. LECLERCQ, A. VALENSIN, MEYER, CEPEDA, etc..

O primeiro principio da lei natural abrange todo o campo da moral, porque regula toda a conducta humana. Sempre deve o homem pautar seus actos pelas regras da recta razão.

E o objecto do direito natural coincide com o da moral, na parte em que esta trata dos deveres de justiça e na moral social.

As considerações que os diversos Tratados de Direito Natural fazem sobre a propriedade, o casamento, os contractos, a vida associativa ou o Estado, formam o direito natural no sentido lato. Mas no seu sentido estricto, consiste o direito natural nos primeiros principios de moralidade, concernentes á racionalização da vida, e que se reduzem, por sua vez, ao principio generalissimo que nos leva a praticar o bem e evitar o mal.

II — Doutrinas modernas de direito natural

A tradição formada pelos philosophos gregos, os jurisconsultos romanos, os theologos e canonistas da Idade Média, soffreu posteriormente um grande desvio, por influencia do voluntarismo, do racionalismo e do individualismo. O voluntarismo, ganhando terreno no periodo da decadencia da escolastica, negava a existencia do bem e do mal em si mesmos, attribuindo a lei natural a um decreto arbitrario de Deus e não mais á razão divina. E' o precursor remoto do positivismo juridico moderno. O racionalismo seccionava a lei natural da lei eterna, fazendo-a decorrer simplesmente da natureza humana. O individualismo, emfim, baseava a ordem juridica, não no fundamento objectivo que é a lei natural, mas nos direitos naturaes subjectivos.

A essas novas direcções do pensamento se prendem os diversos systemas de direito natural do seculo XVIII em deante (9).

Entre taes systemas ha innumeros pontos de contacto, mas não é possivel reduzil-os a certos principios communs, a exemplo do que fizemos com o direito natural classico. A nova philosophia do direito não escapa á caracteristica geral do pensamento moderno — a falta de continuidade. Grotius, por exemplo, se pelo abuso das abstracções e do methodo deductivo, faz jús ao titulo de fundador do direito natural moderno, por outro lado repete

(9) Não se trata de direcções oppostas. KANT e ROUSSEAU, p. ex., são eminentemente racionalistas e individualistas.

ensinamentos tradicionaes e, ao contrario dos individualistas, accentua o caracter social do direito (10).

Ha, porem, em grande numero dos autores que se filiam á "escola do direito da natureza e das gentes", ou ao *Naturrecht* dos allemães, certos traços que, embora não sejam constantes em todos elles, nem permittam chegar a uma synthese completa e harmoniosa, caracterizam de certa maneira os novos systemas, especialmente em opposição ao direito natural classico.

Não mais se nota aquella distincção que fôra feita entre os primeiros principios da lei natural e os preceitos secundarios delles decorrentes. Transforma-se o direito natural em um systema immutavel deduzido *more geometrico* de um conceito abstracto da natureza

(10) Para um estudo completo dos modernos systemas de direito natural, seria preciso analysar detidamente a obra de GROTIUS, HOBBES, SPINOZA, PUFFENDORF, LOCKE, LEIBNIZ, THOMASIUS, WOLF, ROUSSEAU e KANT, bem como a de autores de menor projecção. Tal objectivo excede de muito a finalidade da presente dissertação, que não se destina a ser uma historia da philosophia do direito. Queremos apenas mostrar, na medida do necessario para comprehender a reacção positivista, como os systemas modernos de direito natural se oppõem á concepção tradicional.

humana e valido para todos os povos e todos os tempos, e que bem merece a famosa critica de Augusto Comte á "politica metaphysica", accusada de "fazer predominar a imaginação sobre a observação" e estabelecer "o typo eterno da mais perfeita ordem social, sem ter em vista nenhum estado determinado de civilização" (11).

Surge, assim, o direito natural como um conjuncto de normas que deve servir de modelo ás legislações positivas. Dahi a definição de Oudot: "o direito natural é a collecção das regras que é desejavel vêr transformada immediatamente em lei positiva" (12). E' a confusão do *direito natural* com o *direito ideal.*

Além disso, como já dissemos, exageram-se os direitos subjectivos naturaes, affirmando-se o principio da autonomia da vontade que

(11) A. COMTE, *Plan des travaux scientifiques nécessaires, pour réorganiser la société*, p. 84, em appendice ao tomo IV do *Système de politique positive*, Carilian-Goeury et Vor. Dalmont, Paris, 1854.

(12) OUDOT, *Premiers essais de philosophie du droit*, p. 67, apud BEUDANT, *Le droit individuel et l'État*, A. Rousseau, Paris, 1891, p. 37.

exerceu influencia preponderante em todo o direito moderno (13).

Esses caracteristicos, que se encontram em muitos autores racionalistas e individualistas, podem ser assim indicados num quadro comparativo em que se accentua a sua opposição ao direito natural classico:

DIREITO NATURAL

Conceito classico:	*Systemas racionalistas e individualistas:*
1. Primeiros principios da moralidade, cujas applicações suppõem um conhecimento objetivo e experimental da natureza humana. Caracter permanente e variavel do direito natural, conforme se trate dos principios primeiros ou de suas applicações.	1. Systema completo, universalmente valido e immutavel, deduzido de uma noção abstracta de natureza humana.
2. Fundamento do direito positivo.	2. Ideal do direito positivo.
3. Primado da lei natural, fundamento objectivo do direito.	3. Predominio dos direitos naturaes subjectivos.

(13) A liberdade é, para ROUSSEAU e KANT, o direito fundamental, em funcção do qual se constitue toda a ordem juridica. HOBBES e SPINOZA, por sua vez, haviam identificado o direito natural com o poder physico.

III — A negação do direito natural

Nas suas criticas do direito natural, os positivistas não tiveram o cuidado de distinguir precisamente entre as doutrinas modernas e a concepção classica. E' o direito ideal e abstracto, isto é, a corrupção do authentico direito natural, que constitue dessas criticas o alvo predilecto.

Conhecessem bem os positivistas a concepção tradicional do fundamento da ordem juridica e não lhes aconteceria negar com palavras uma idéa que se encontra, por vezes, implicita no seu pensamento. Contradizem-se a si mesmos os adversarios do direito natural, pois apresentam conceitos equivalentes ao objecto de suas negações, como faremos vêr no capitulo seguinte.

Uma das questões frequentemente suscitadas pelos positivistas é a que diz respeito á universalidade e immutabilidade da lei da natureza.

Deante das variações da moral e do direito, no espaço e no tempo, apregoam os positivistas o mais completo relativismo, dando o valor de uma critica decisiva á *boutade* de Pas-

cal: *Plaisante justice qu'une rivière borne! Vérité au deçà des Pyrénées, erreur au delà...*

Ou ha um direito invariavel, ou não ha direito natural. Assim raciocinam os positivistas. E da innegavel diversidade dos systemas juridicos, attestada por uma série immensa de factos colhidos nas paginas da historia e nas informações da ethnologia, concluem triumphantes que a velha idéa do direito natural não resiste a uma severa critica scientifica.

Mas a argumentação é falha. Não basta confrontar com as observações dos factos sociaes sómente os systemas de direito natural que teem a pretenção de estabelecer um typo perfeito e immutavel de toda a ordem juridica positiva. Segundo a genuina concepção de direito natural, os predicados de universalidade e immutabilidade valem para os primeiros principios, mas á medida em que se vae descendo ao particular e contingente, nas applicações da lei da natureza, mais variavel e relativa se torna esta.

A proposição disjunctiva — ou ha um direito invariavel, ou não ha direito natural — é, pois, incompleta se se trata de todos os preceitos da lei natural; só é legitima com relação aos primeiros principios.

Sobre este assumpto, cumpre ainda distinguir a lei natural *em si mesma* e no *conhecimento* que della temos.

Quanto aos primeiros principios, a lei natural é universal e permanente em si mesma, e é de todos igualmente conhecida sem possibilidade de erro. Taes principios são connaturaes á razão humana. Impõem-se pela propria evidencia. A ninguem é preciso, nem seria possivel, demonstrar que deve fazer o bem e evitar o mal. E ahi está uma verdade mais certa que qualquer outra verdade de ordem pratica, presupposto necessario de toda e qualquer acção. E' assim tambem que todo homem sabe que deve respeitar os direitos alheios e dar a cada um o que é seu.

Quanto aos preceitos secundarios, a lei natural nem sempre é invariavel, mas só na maioria dos casos, e ainda quando o é, pode não ser igualmente conhecida.

Comprehende-se que a lei natural varie nas suas applicações, dada a extrema contingencia de sua materia. Nisso está uma differença de capital importancia entre a lei moral e a lei physica, as sciencias praticas e as sciencias puramente especulativas. Se nestas ulti-

mas, tanto os primeiros principios como as conclusões são invariaveis, o mesmo não se dá nas sciencias que teem por objecto a ordenação do agir humano. E' sempre verdade que a somma dos angulos de um triangulo é igual a dois angulos rectos, e que os corpos se attraem na razão directa das massas e na razão inversa do quadrado das distancias. Mas nem sempre se deve pôr em pratica um preceito particular da lei natural, pois ha circumstancias que o alteram ou tornam dispensavel. Seja o conhecido exemplo da obrigação de restituir uma cousa dada em deposito. Trata-se de um preceito secundario da lei natural, applicação do principio geral de justiça — dar a cada um o que lhe pertence. Supponhamos que eu tenha recebido uma arma em deposito. Se o depositante ou proprietario pedir a devolução dessa arma para commetter um crime, é claro que eu não devo entregal-a.

Finalmente, o conhecimento dessas applicações da lei natural não é o mesmo em todos os homens e pode ser prejudicado por causas accidentaes, como a força das paixões, os maus costumes ou o diverso desenvolvimento da razão e da civilização. E' o que explica o facto

de alguns povos terem chegado a considerar licitos o furto ou a anthropophagia.

Aliás, os recentes dados de uma ethnologia rigorosamente objectiva revelam, nos povos primitivos, um conhecimento da lei natural mais perfeito do que nelles suppunham os evolucionistas do seculo passado.

Na verdade, são os povos degradados pelos maus habitos e as paixões, os que corrompem o direito natural, sem perderem, comtudo, as noções mais elementares dessa lei que "para todas as nações e em qualquer época, é una, eterna, immutavel".

Esses desvios do direito natural, em suas applicações pelo direito positivo, mostram que ha leis justas e injustas, mas não provam que não ha direito natural.

Que é uma lei injusta? E' uma lei contraria á razão e que, por isso mesmo, não é verdadeira lei. Dá-se, algumas vezes, a forma extrinseca do direito positivo ao que, por não ser justo, não é um direito. Eis porque Vico apodava as leis injustas de *monstra legum*. E Olgiatti, em livro recente, pondera que, não obstante falar em direito seja o mesmo que falar em justiça, ha um direito positivo justo

CLOVIS AUGUSTO BRIANT

e um injusto, assim como o conceito de arte se reduz ao bello mas, empiricamente, ha obras de arte bonitas e feias (14).

Por outras palavras, o direito natural é a expressão mesma da justiça, ao passo que o direito positivo pode, de facto, ser injusto, por violar o direito natural.

Ao direito positivo injusto e ás leis injustas, damos o nome de direito e de lei por analogia. Carecem do senso da analogia todos

(14) F. OLGIATTI — *La riduzione del concetto filosofico di diritto al concetto di giustizia*, Giuffrè, Milano, p. 119. Á pagina 105 do mesmo ensaio, escreve o autor: "No direito natural, o que é justo resulta da natureza da realidade; e nisso não entra a vontade humana. Cabe-nos apenas reconhecer, com a intelligencia, a existencia duma relação de justiça, e respeital-a praticamente com a vontade; mas a *voluntas* nada tem que fazer com a *natura rei*, quando esta existe. É verdade que a *voluntas* é frequentemente geradora dessa relação; mas uma vez posta tal relação, é a *natura rei*, e não a *voluntas*, que a faz ser o que ella é. Ao contrario, no direito positivo, o que é justo é determinado *tambem* e algumas vezes *sómente* pela vontade... Por tal motivo, no direito natural *o que é* coincide com *o que deve ser* e não ha possibilidade de uma opposição entre a ordem ontologica e a ordem deontologica; no direito positivo — pela intervenção sempre necessaria da *voluntas* — podemos ter o *que é* bem diverso do que *deve ser*, isto é, podemos ter um direito positivo opposto á justiça". Quanto á citada expressão de VICO, cf. *De uno universi juris principio et fine uno*, c. LXXXIII, apud G. DEL VECCHIO, *Sobre os principios geraes do direito*, traducção autorizada, Rio de Janeiro, 1937, p. 21.

aquelles que, privados da plasticidade de espirito necessaria para bem distinguir as cousas, querem encontrar no direito natural elementos caracteristicos do direito positivo.

E' o caso dos que negam o direito natural porque não ha direito sem coacção.

Qual é o seu raciocinio? Consideram elles que a coacção é elemento essencial do direito positivo, e como o direito natural seja desprovido de coacção, negam o direito natural. Ora, isto equivale a dizer que o direito natural não existe... porque não é um direito positivo!

Mesmo que se admitta — o que é bastante discutivel — ser a coacção imprescindivel ao direito positivo, dahi não se pode inferir a negação do direito natural. Resta saber ainda se ao legislador positivo é licito sanccionar quaesquer preceitos, ou se elle precisa conformar-se ás exigencias da justiça expressa pelo direito natural. Resta saber se, alem do direito coactivo, existe ou não outro direito.

A existencia de elementos proprios do direito positivo não impede que se reconheça o direito natural. Nem se deve evidentemente procurar no direito natural o que é peculiar á ordem juridica positiva.

Não é no mesmo sentido que se diz *direito* do direito natural e do direito positivo. *Jus pluribus modis dicitur,* já ensinava o bom senso dos romanos (15). O direito não é um termo univoco, — como querem os positivistas, — nem equivoco, mas analogo. O direito natural é justo em si mesmo. O direito positivo é justo pelas determinações do poder social competente. E, na medida em que se afasta do direito natural, torna-se o direito positivo um direito injusto.

Postos estes esclarecimentos, indispensaveis para julgar o positivismo juridico, entremos no exame das principaes doutrinas positivistas com relação ao fundamento do direito.

(15) D.1.1.11. Segue-se, no mesmo trecho do Digesto, a distincção feita por PAULO entre *jus naturale* e *jus civile,* isto é, direito natural e direito positivo. Já dissemos que a palavra *direito* tem varias significações. A maioria dos autores hodiernos limita-se a assignalar estas duas: *direito objectivo* (lei) e *direito subjectivo* (poder moral de agir conforme a lei, exigindo o que nos é estrictamente devido). Quando se fala em direito natural e positivo, é preciso attender ao sentido que se tem em vista. Assim como ha uma lei natural e uma lei positiva, ha tambem direitos subjectivos naturaes e direitos subjectivos positivos.

CAPITULO SEGUNDO

O POSITIVISMO JURIDICO E O FUNDAMENTO DO DIREITO

CLOVIS AUGUSTO BRIANT

Não é tão simples quanto póde parecer á primeira vista conceituar o positivismo juridico.

Desde Archelau e Aristippo, na antiguidade, até Gurvitch e Alexeieff, em nossos dias, tem elle revestido as mais diversas formas.

Encontramol-o no utilitarismo inglez, no systema philosophico de A. Comte, na escola penal italiana de Ferri e Lombroso, nas applicações ao direito da sociologia de Durkheim e Levy-Bruhl. Além dos que seguem o puro sociologismo durkheimiano, innumeros são os partidarios de um positivismo sociologico, confinando, conforme o caso, pelos limites das sciencias naturaes, da psychologia ou da historia: aqui se enquadram o evolucionismo de Spencer, a orientação psychologica predominante nos estudos de philosophia juridica

dos positivistas italianos e a escola historica do direito.

No positivismo costuma-se incluir o nome de Rudolph Von Ihering, a cujo systema, construido em torno da noção de finalidade do direito, podemos denominar positivismo teleologico.

Como Ihering, contribuiram para a diffusão da mentalidade positivista na Allemanha certos tratadistas de direito publico que faziam do Estado a fonte unica do direito, p. ex. Laband e Jellineck.

Positivistas são Georges Gurvitch e Georges Ripert, mas cada qual a seu modo.

Gurvitch propõe, para substituir o direito natural, o "direito positivo intuitivo", que coexiste com o direito positivo formal, fundamentados ambos na autoridade dos "factos normativos". Seu systema é uma curiosa combinação de doutrinas metaphysicas e sociologicas, que elle proprio classifica de "ideal-realismo".

Ripert, contestando igualmente a existencia do direito natural, julga, entretanto, que deve a ordem juridica ter uma base moral, inspirando-se os legisladores e os juizes, ao

elaborar e applicar o direito, nas concepções moraes do Christianismo, em que se estructura a nossa civilização: é um moralismo positivo ou positivismo juridico-moral (16).

Accentuado é o positivismo das correntes que procuram crear uma sciencia juridica independente da philosophia geral: a *Allgemeine Rechtslehre* de Merkel e Bergbohm, a *Analytical School of Jurisprudence* de Austin ou o *droit pur* de Edmond Picard.

Proxima dessas orientações está a tendencia dos que reduzem o direito á lei escripta, fazendo desta a fonte unica do direito e tambem o seu fundamento: *jus quia jussum est.* Trata-se de uma forma ingenua do positivismo juridico, a se reflectir no formalismo dos que

---

(16) Dizemos positivismo juridico-moral, porque, eliminada a lei natural, restam apenas o direito positivo e a moral positiva (leis positivas humanas e divinas). Rejeitando o conceito racional de direito natural e substituindo-o pela moral christã (lei divina positiva), RIPERT incorre num fideismo absolutamente inacceitavel, esquecendo-se de que a moral christã suppõe o direito natural como a graça suppõe e não destróe a natureza. No seu conhecido livro *La règle morale dans les obligations civiles*, adopta RIPERT um criterio estrictamente sociologico, preconizando a moral dominante no meio social.

acceitam a idéa da "plenitude logicamente necessaria do direito positivo" (17).

O conformismo que vae nessa attitude de acceitação passiva e benevola do direito vigente, facilmente pode levar ao scepticismo juridico, que considera o direito expressão passageira duma certa ordem de cousas representando ou a vontade dos mais fortes, ou os preconceitos e convenções de uma classe social. Tal é o positivismo dos marxistas, que dão ao direito, como a tudo o mais, na sociedade, um fundamento economico, cahindo, assim, no mais radical materialismo.

---

(17) Temos falado em *fontes* e *fundamentos* do direito. O *fundamento* do direito póde considerar-se sua fonte racional (*ratio juris*). Mas no sentido estricto, *fonte de direito* é o orgão revelador da norma juridica, com autoridade para impôl-a num determinado meio social. Segundo a "escola de exegese", que tanta fortuna teve na França, só a lei escripta é fonte de direito. Isto não exclúe necessariamente o direito natural como fundamento do direito positivo, isto é, das leis escriptas. No emtanto, parece fóra de duvida que a "escola de exegese" muito contribuiu para desenvolver, entre os juristas, o habito de applicar e respeitar os textos legislativos como se ahi estivesse todo o direito. E' o positivismo legalista, suppondo na lei uma perfeição excessiva e acreditando nella encontrar solução para todos os casos da vida juridica, o que implica o desconhecimento da pluralidade real das fontes de direito e uma restricção exagerada do poder do juiz.

Note-se, finalmente, que até mesmo entre certos mestres do direito natural moderno se póde encontrar uma forma de positivismo juridico. E' o caso de Hobbes e Rousseau.

Singular, a doutrina de Hobbes: o direito positivo é creação do poder absoluto do Estado e surge em opposição ao *jus naturale,* que corresponde ao instincto libertario dos homens. Pelo *jus naturale* teriam os homens direito sobre tudo e sobre todos; seriam, desse modo, levados ao *bellum omnium contra omnes.* Donde a organização social e juridica, visando garantir a ordem e a paz. Hobbes é um dos mais extremados e logicos positivistas. Como fructo de suas deducções, deixou-nos uma theoria completa do Estado totalitario (18).

Quanto ao paradoxal escriptor genebrino, colloca o fundamento do direito positivo no contracto social, que dá ao Estado um poder absoluto sobre todos os individuos, sendo o di-

---

(18) É a these sustentada por J. VIALATOUX em seu livro *La Cité de Hobbes.* Com VIALATOUX, vemos em HOBBES um systematizador do Estado totalitario, sem pretendermos attribuir-lhe nenhuma paternidade sobre as doutrinas politicas ora em curso na Allemanha e na Italia e que são geralmente de inspiração idealista.

ticos desta forma de positivismo juridico e dignos de menção pela grande influencia que exerceram.

I — Spencer e Pedro Lessa

Applicando os principios geraes do evolucionismo transformista, que considera o homem o producto mais aperfeiçoado da escala zoologica, ensina Spencer que a moral humana é um desenvolvimento da moral praticada pelos animaes inferiores. Assim, a justiça entre os homens tem a mesma natureza que a justiça infra-humana, formando, uma e outra, partes de um todo continuo.

Ora bem, do que decorre a justiça na "moral animal"?

Para respondermos a essa questão, limitando-nos estrictamente ao pensamento de Spencer, devemos antes lembrar o conceito de philosophia moral no systema do grande mentor do evolucionismo, conceito esse que accusa a influencia utilitarista, tão pronunciada na philosophia ingleza.

Segundo Spencer, a ethica deve cuidar da conducta em geral, considerada objectivamen-

te, emquanto produz bons ou maus resultados. A conducta é o complexo dos actos ajustados a um fim, ou melhor, o ajustamento dos actos aos fins. A mais perfeita conducta é a que assegura uma vida mais longa, ampla e completa. Medem-se os bons e maus resultados, pela utilidade que os actos acarretam para a conservação da especie e do individuo.

Ha, na ethica animal, dois principios cardeaes e oppostos: 1.°) — na "infancia" dos animaes, são-lhes conferidas vantagens na razão inversa de suas aptidões individuaes; 2.°) — na "idade adulta", ao contrario, as vantagens se distribuem na razão directa do merito, sendo este determinado pela adaptação do individuo ás condições de existencia. A persistencia desses dois principios essenciaes e oppostos assegura a conservação da especie, sendo o primeiro a lei que rege a familia, composta de adultos e pequenos, e o segundo a lei que rege a especie emquanto se compõe de adultos. Este segundo principio implica a *sobrevivencia dos mais aptos* e é dahi que Spencer faz derivar a noção de justiça.

A lei de sobrevivencia dos mais aptos é simplesmente a expressão de um facto. Padecem alguns as consequencias de sua adapta-

ção defeituosa, emquanto outros, mais felizes, fruem os beneficios de uma adaptação mais perfeita. A natureza de cada um impõe-lhe sua linha de conducta, a cujas consequencias incoerciveis cumpre submetter-se.

Lei geral de toda a biologia, a sobrevivencia dos mais capazes tambem se manifesta nas relações reciprocas entre as partes de um organismo e na adaptação da especie ao meio em que se encontra. Della resulta a justiça que se encontra nos animaes brutos, a qual consiste em cada individuo receber os beneficios e arcar com os effeitos nocivos da sua natureza e da conducta correspondente.

Tal é a lei da justiça infra-humana. E se a justiça humana é um desenvolvimento ulterior dessa justiça propria aos seres vivos mais simples que o homem, tal será tambem a sua lei. Com effeito, a conservação da especie humana é igualmente assegurada pela lei em virtude da qual os individuos adultos melhor adaptados ás condições de sua vida são os que mais prosperam.

No que é util á conservação da especie, reside, pois, o criterio do bem para Spencer. E seu systema de moral depende deste postulado, aliás expresso nas primeiras paginas da

"Justiça": a conservação da especie é o summo bem (20).

---

(20) Spencer fala em "postulado hypothetico". Dessa hypothese — "a preservação e a prosperidade da especie são desejaveis" — tira uma conclusão geral e desta, por sua vez, tira tres corollarios de extensão mais limitada: "A conclusão absolutamente geral é que, na hierarchia das obrigações, a preservação da especie deve prevalecer sobre a do individuo... Em caso de conflicto, a preservação do individuo deve, pois, em medida que varia com as circumstancias, subordinar-se á da especie" (H. Spencer, *Justice*, § 4). No primeiro dos corollarios que se seguem dessa conclusão geral, volta Spencer a enunciar a lei da sobrevivencia dos mais aptos: "Os adultos devem conformar-se á lei segundo a qual as vantagens obtidas estão em razão directa dos meritos possuidos, sendo estes apreciados pelo grau do poder de auto-sustentação. Do contrario, a especie soffreria de duas maneiras, a saber: soffreria, num futuro immediato, pela perda dos individuos superiores que seriam sacrificados aos inferiores com prejuizo da somma total de bem estar; soffreria, num futuro mais remoto, pela propagação de seres inferiores entravando a dos superiores e levando a uma deterioração geral da especie, que acabaria por acarretar a sua extincção" (Spencer, *Justice*, § 4). "Se a preservação de uma especie particular constitue um *desideratum*, — termina Spencer, — resultará para ella uma obrigação a que chamaremos, segundo as circumstancias, uma obrigação quasi ethica ou ethica de se conformar a essas leis" (Spencer, loc. cit.). Os demais trechos que citamos de Spencer acham-se na mesma obra, §§ 27 (formula da justiça), 36 e 38 (corollarios dessa formula). Na edição das obras completas de Spencer, cf. §§ 272, 281 e 283 respectivamente (in H. Spencer, *The principles of Ethics*, II, *Part IV*: *Justice*). Quanto á definição de conducta: *The principles of Ethics*, I, *Part I*, *The data of Ethics*, § 2.

Deixando de lado as disquisições de Spencer sobre o sentimento e a idéa de justiça, que são antes capitulos de psychologia que de moral, vamos logo á sua famosa formula de justiça applicada ao homem.

Eis o enunciado da formula em questão: "Todo homem é livre de agir como queira, desde que não infrinja a igual liberdade de qualquer outro homem".

Precede-a Spencer de uma explicação, onde declara que tal formula deve ser positiva "emquanto affirma a liberdade de cada homem, que deve gosar e soffrer os resultados, bons ou maus, de suas acções" e negativa "emquanto, affirmando essa liberdade para todo homem, implica que elle só possa agir livremente sob a restricção imposta pela presença dos outros homens que teem direito á mesma liberdade". O elemento positivo exprime a condição prévia da vida em geral. O elemento negativo modifica essa condição prévia em vista das particularidades da vida em sociedade.

Corollarios da formula de justiça são os diversos direitos subjectivos ou liberdades individuaes, como os direitos á integridade physica, á liberdade de locomoção, á propriedade,

de doar e legar, de contractar livremente, etc. Admittindo-se que o homem deve gosar uma certa somma de liberdade, affirma-se que elle tem o direito de gosal-a. Provado que, num caso ou noutro, todo homem é livre de agir até um certo limite, mas não além, está implicitamente estabelecido ser *justo* possuir a liberdade assim definida. Donde o concluir Spencer: "é racional applicar ás diversas liberdades particulares, demonstradas por deducção, o nome de *direitos*, que lhes dá a linguagem ordinaria".

E antes de iniciar o estudo particularizado de cada um daquelles corollarios da formula de justiça, declara ainda o mestre do positivismo evolucionista: "Longe de derivarem da lei escripta, são os direitos propriamente ditos que a esta conferem a sua autoridade".

Isso quer dizer que ha direitos subjectivos naturaes, decorrentes da formula da justiça, formula esta que corresponde ao direito natural objectivo ou lei natural.

Determinar concretamente os direitos subjectivos e organizar, para a plena realização da formula de justiça, as condições da vida gregaria — tal é o objecto do direito positivo.

Emfim, o direito resulta de um principio que é expressão da natureza social do homem e que, por sua vez, se prende a um principio mais geral, que domina a conducta universal, o da conservação da especie.

Funda-se, portanto, o direito numa lei natural e ha um principio superior ás leis positivas pelo qual podemos avaliar o justo e o injusto.

De Spencer affirmou Icilio Vanni que, com a sua doutrina sobre a justiça, não fez senão reproduzir de forma biologica a idéa do direito natural (21).

E' o que effectivamente nos revela a leitura attenta de sua obra.

E a mesma affirmação do direito natural, com caracter biologico, ou melhor, bio-sociologico, encontramos em quem foi, no Brasil, o maior representante do positivismo juridico evolucionista, Pedro Lessa.

Nos seus *Estudos de Philosophia do Direito*, ao criticar o methodo da escola historica, escreve o festejado professor que tão larga in-

(21) ICILIO VANNI, *Lezioni di Filosofia del Diritto*, 2.ª ed., ZANICHELLI, Bologna, 1906, pgs. 277, 321 e 337.

fluencia exerceu sobre gerações outróra passadas pela Faculdade de Direito de São Paulo:... "na escola historica não ha logar para os principios fundamentaes, universaes e permanentes, do direito. Nem tão pouco se comprehende o direito ideal.

"Entretanto, se todas as nações e todos os povos têm sido impellidos pela natureza das coisas á formação de um conjuncto de normas juridicas, se a necessidade do direito se impõe a todas as agremiações humanas, a conclusão a que devia chegar a escola historica é a offerecida por Spencer, quando demonstra que o direito é um principio organico da sociedade. (*Justice*, capitulos 2, 3, 4, 5 e 6).

"A legislação de cada povo nada mais é do que uma série de preceitos, apoiados em certas verdades fundamentaes, em certos principios de ordem social. Desconhecer esse residuo de todas as legislações escriptas e consuetudinarias, equivale a suppôr que a fauna e a flora de todos os paizes, dadas as sensiveis differenças de clima e de solo, não estejam sujeitas ás mesmas leis biologicas fundamentaes. Que são as divergencias das instituições juridicas, ao lado das alterações que uma mesma

CLOVIS AUGUSTO BRIANT

especie vegetal ostenta em consequencia do influxo de elementos cosmicos diversos? As auranciaceas que no Jardim das Tulherias se exhibem ás nossas vistas sob a forma de enfezados arbustos, que só vivem graças aos meticulosos e inexcediveis cuidados de que as cercam desde os tempos de Francisco I, e as que se estiolam no Jardim das Hesperides, em Cannes, produzindo fructos mofinos e acres, são as mesmas plantas que, arvores frondosas e luxuriantes, tanto nos encantam a vista, o paladar e o olfacto na zona intertropical.

"O philosopho que inductivamente sóbe de generalização em generalização, é obrigado a reconhecer que toda a legislação, em qualquer paiz e em qualquer periodo historico, repousa em principios fundamentaes, necessarios, sempre os mesmos.

"Neguem, se quizerem, a esses principios o qualificativo — juridicos; digam que ha uma *lei natural,* e não um *direito natural,* como querem alguns; affirmem, como pretendem outros, que são *principios sociologicos,* que devem ser estudados na *sociologia juridica,* ou na *historia natural do direito, "lo cierto es que la cosa queda siendo la misma"* (Dorado Mon-

tero, *El positivismo en la Ciencia Juridica y Social Italiana,* p. 175)" (22).

Mais adeante, escreve Pedro Lessa: "Qualquer que seja a necessidade ou a força, que arrasta ou prende o homem á vida social (e acerca deste ponto são tantas as theorias dos sociologos!) o que é indubitavel, e a observação de todos os tempos o attesta, é que não existe, nem se comprehende, o homem fóra da sociedade. Eis ahi uma verdade geral do dominio da sociologia; uma lei a que está subordinado o homem por sua natureza, lei obtida pela inducção" (23).

Como Aristoteles, ensinando ter o homem uma natureza social, e Grotius, fazendo do *appetitus societatis* o principio do qual decorre o direito, tambem Pedro Lessa reconhece que a sociabilidade é "uma lei a que está subordinado o homem por sua natureza" e ahi encon-

---

(22) PEDRO LESSA, *Estudos de Philosophia do Direito,* 2.ª edição, Livraria Francisco Alves, 1916, pags. 34, 35, 36. Aliás, PEDRO LESSA declara admittir a existencia do direito natural (cf. op. cit., pags. 13 e 14, em prefacio á 1.ª edição, e pags. 46, 47 e 404), escapando, assim, á contradicção em que muitos positivistas cahiram por se obstinarem em não reconhecer expressamente uma idéa que se encontra implicita no seu pensamento.

(23) P. LESSA, op. cit., p. 40.

tra os principios fundamentaes da vida juridica: "uma verdade superior a qualquer velleidade de negação, e que por isso se transformou em estafado logar comum, é esta lei, resultado da observação directa e indirecta, em todos os pontos do espaço e do tempo: a sociedade é o meio em que fatalmente o homem vive e se desenvolve. Eis uma verdade scientifica, obtida pela inducção.

"Verdade no mesmo genero, *lei* no sentido scientifico do termo, ainda é esta: dada a vida social, a limitação das actividades individuaes, condição sem a qual não se comprehende a sociedade, é imposta pelo instincto de conservação, pela intelligencia e pelo sentimento.

"O HOMEM SÓMENTE VIVE EM SOCIEDADE, NO AMBIENTE SOCIAL. E' CONDIÇÃO ESSENCIAL DA EXISTENCIA DA SOCIEDADE A LIMITAÇÃO DAS ACTIVIDADES INDIVIDUAES.

"Ahi estão duas leis fundamentaes, geraes, que formam a base da sciencia do direito. O direito é a limitação da actividade dos homens na sociedade" (24).

(24) P. LESSA, op. cit., p. 121.

Parecem-nos os trechos, que ahi ficam, comprovar sufficientemente o que dissemos: como Spencer, admitte Pedro Lessa um direito natural de fundamento bio-sociologico.

II — Icilio Vanni e Micelli

CLOVIS AUGUSTO BRIANT

Dissemos que no positivismo juridico italiano predomina uma orientação psychologica. E' o que já se percebe em Roberto Ardigó, tido por systematizador do positivismo naquelle paiz (25).

Na obra de Ardigó, que exerceu grande influencia mesmo fóra da sciencia juridica, encontra-se para indicar a mesma idéa de Spencer e Pedro Lessa, uma expressão que foi por este ultimo reproduzida: "o direito é a força especifica do organismo social, assim como a affinidade é a força especifica das substancias physicas e a vida dos organismos individuaes (26).

(25) Cf. H. GRUBER, *Le positivisme depuis Comte jusqu'à nos jours, trad.* PH. MAZOYER, Lethielleux, Paris, 1893, p. 428; W. C. SFORZA, *Lineamenti storici della filosofia del diritto,* Vallerini, Pisa, p. 220; R. BATTINO, *Les doctrines juridiques contemporaines en Italie,* Pédone, Paris, 1939, pgs. 25 e 26.

(26) P. LESSA, op. cit., p. 34.

Mas é em autores que trataram mais especialmente da philosophia do direito, como Icilio Vanni e Micelli, que melhor podemos apreciar o positivismo juridico italiano e a natureza psycho-sociologica por elle attribuida á lei fundamental da ordem juridica.

O systema de Vanni é pelo proprio autor denominado "positivismo critico". Sua obra não prima pela originalidade, revelando a cada passo a influencia de autores inglezes, como Spencer e Sumner Maine, ou allemães, como Herbart e Wundt. Offerece, porém, amplas perspectivas philosophicas, graças á importancia attribuida á theoria do conhecimento como presupposto da philosophia juridica e á distincção feita entre a deontologia e a phenomenologia do direito. Neste ponto, sobrepõe-se Icilio Vanni á tendencia muito commum no seu tempo, de assimilar o direito e as outras sciencias sociaes ás sciencias naturaes. Affirma o caracter especifico das leis moraes em face das leis da natureza, distingue o ponto de vista theorico do ponto de vista pratico, mostrando que não basta conhecer a formação do direito emquanto realidade historica e phenomeno da vida social, mas cumpre tambem

pesquizar-lhe o fundamento intrinseco. Assim procura chegar á *valutazione etica* do direito.

Por ahi já se vê que grande divergencia separa Icilio Vanni de Spencer, apesar das affinidades existentes entre ambos. Para Icilio Vanni, a lei biologica da sobrevivencia dos mais aptos não tem todo o valor que lhe dá Spencer. Tambem Vanni deduz o fundamento do direito das "condições de existencia humana no estado de associação"; entretanto, esse fundamento tem, a seu vêr, não uma natureza biologica, mas psychologica e social.

E' o direito "um phenomeno psycho-collectivo que tem raizes na consciencia social e sobretudo nas manifestações desta que representam o querer collectivo; é, pois, nas profundas visceras da psychologia social que se deve procurar a explicação do direito" (27).

Elementos especificos e differenciaes caracterizam a sociedade humana, distinguindo-a nitidamente das sociedades animaes. A evolução social é determinada por um "motor psychico" e apresenta uma forma especial, a "forma historica".

(27) I. VANNI, op. cit., p. 34. Para as referencias precedentes e seguintes: pgs. 19, 26, 214, 236, 237, 265, 266, 311, 312 e 398.

Donde a seguinte definição de philosophia do direito: "A philosophia do direito é a sciencia que, ao mesmo tempo que integra a sciencia juridica na unidade dos seus principios mais geraes, liga o direito á ordem universal, em relação á qual explica a sua formação historica na sociedade humana e investiga, do ponto de vista ethico, as suas exigencias racionaes".

Ora, affirmar que o direito depende da ordem universal; que elle se funda nas condições de existencia do homem no estado associativo e que, por sua vez, esse estado é natural ao homem; emfim, que ha uma natureza humana especifica em funcção da qual devemos procurar a *valutazione etica* do direito, — tudo isso não é reconhecer a existencia de um fundamento objectivo e natural da ordem juridica?

Não admira, pois, que Icilio Vanni, oppondo-se ao relativismo juridico, declare que os elementos communs da evolução juridica se explicam, antes de tudo, pela commum natureza humana e a uniformidade das condições sociaes.

E' verdade que, passando do ponto de vista phenomenologico para o deontologico, diz

o autor em questão que a distincção entre as idéas de justiça e legalidade não existe nos grupos humanos primitivos. E' o desenvolvimento do espirito critico, na consciencia social dos povos adeantados, que permitte distinguir o justo em si do simplesmente prescripto pela autoridade. Dá-se com os povos o mesmo que com os individuos: a creança identifica a noção de bem e a de justo com as ordens dos superiores, até que, com o desenvolvimento da consciencia moral e independente, procura as razões intrinsecas do bem e do justo (sic).

Tal opinião só se comprehende nos que acceitam a hypothese de ser a mentalidade do homem primitivo essencialmente diversa da mentalidade do homem civilizado. Trata-se, no caso, de uma explicação da origem do sentimento de justiça, que não obsta a que Vanni reconheça a existencia do *justo em si,* de um fundamento intrinseco do direito, do caracter de necessidade moral das normas juridicas.

Vimos que Icilio Vanni denunciou na formula de justiça de Herbert Spencer um disfarce da idéa de direito natural. Pois o proprio Vanni admitte esta idéa, posto que forcejando por afastal-a de suas cogitações.

"O direito não existe na natureza — escreve Vanni — é radicalmente errado o conceito de um direito proveniente da natureza... na natureza não podem existir normas, porque estas são um facto social, o resultado de um processo que supera a natureza, o processo da historia" (28).

Entretanto, é o mesmo autor quem declara peremptoriamente: "O que ha de verdadeiro na doutrina do direito natural é a idéa de um fundamento intrinseco do direito na natureza mesma das cousas" (29).

Que mais será necessario para confessar a existencia do direito natural?

Micelli, professor da Universidade de Pisa, considera igualmente o direito um facto social e psychologico, producto da consciencia collectiva atravez de um trabalho lento e continuo de acções e reacções psychicas de que se conhecem os resultados, mas cujo processo se ignora por completo (30).

(28) I. VANNI op. cit., pgs. 279 e 280.

(29) I. VANNI, op. cit., p. 281.

(30) V. MICELLI, *Principii di Filosofia del Diritto*, 2.ª ed., Societá Editrice Libraria, Milano, 1928, p. 638 a 654. Refere-se MICELLI ás duas grandes correntes que contribuiram para formar a idéa da origem psycho-sociologica do direito: a escola historica de SAVIGNY e a *Völkerpsychologie*. Rejeita, porém, o conceito de "espirito popular" — *Volksgeist* — da escola historica, por ser uma entidade abstracta, criticando tambem HERBART e WUNDT por não terem uma idéa clara da consciencia collectiva. Em vão procuramos almejada clareza na exposição de MICELLI.

A consciencia collectiva é o conjuncto de productos espirituaes elaborados pelas consciencias de cada individuo e que se diffundem e objectivam na forma de crenças populares.

Até ahi temos apenas a genese do direito. Do mesmo modo que Icilio Vanni, observa Micelli que o direito não é um phenomeno igual aos phenomenos da natureza externa, que não basta averiguar o facto mas é preciso valorizal-o. Donde terminar o seu livro por uma indagação do fundamento intrinseco do direito.

Recusa admittir que esse fundamento esteja nas condições externas da vida social, separando-se, assim, de Spencer e Vanni, para accentuar ainda mais o caracter psychologico do direito. Apesar de distinguir o aspecto phenomenologico do aspecto deontologico do estudo do direito — *ser* e *dever ser* — acaba reduzindo a deontologia juridica á phenomenologia juridica. A consciencia é a origem e o fundamento do direito.

CLOVIS AUGUSTO BRIANT

"O Direito — escreve Micelli — é uma parte apenas da justiça, a parte que póde actuar empiricamente nas relações humanas, levando em conta as imperfeições do homem, que póde conciliar-se com certas condições imprescindiveis de utilidade e conveniencia, que póde tornar-se obrigatoria por meio da coacção exterior; que é a parte, digamos assim, externa e objectiva do principio de justiça. Para explicar o direito e encontrar o criterio ultimo de sua valorização, devemos, portanto, achar na propria consciencia um fundamento especifico qualquer, e este fundamento, nós o encontramos precisamente naquella forma especial de consciencia, naquelle complexo de attitudes que denominamos consciencia juridica. Esta é a forma caracteristica da consciencia reguladora, que se affirma e se determina a respeito das condições de existencia indispensaveis para uma sociedade. Como forma, é commum a todos os homens e assume o caracter de necessidade e universalidade, ainda que ora appareça de maneira indistincta e confusa, sob forma de tendencia e instincto, ora de maneira clara e bem explicada" (31).

(31) MICELLI, op. cit., pags. 770-771.

Dessa consciencia provem a ordem dos fins juridicos e a concepção de uma ordem ideal de relações juridicas superior ao direito existente. As normas juridicas não são, nem mesmo entre os primitivos, resultado exclusivo da tradição, do costume ou do poder, mas de "qualquer cousa de mais fundamental, duma convicção vaga de que todas essas cousas estejam conformes a uma certa ordem vislumbrada pela consciencia" (32).

Tal convicção existe, realmente, e é mais precisa do que pareceu a Micelli. Em todos os tempos, a consciencia humana proclamou a existencia de uma ordem natural a que se devem conformar as leis positivas para serem justas. E, apesar de positivista, teve o proprio Micelli uma percepção, esta sim, uma vaga percepção, de que ha uma lei natural esculpida na consciencia de cada homem.

III — Léon Duguit

Se bem analysarmos a obra do jurista francez Léon Duguit, veremos que a mesma idéa de um direito natural de fundamento psy-

(32) MICELLI, loc. cit.

cho-sociologico resulta necessariamente de suas paginas.

Leia-se, por exemplo, o trecho abaixo, em muito semelhante ás considerações de Micelli ha pouco citadas:

"A noção do justo e do injusto é infinitamente variavel... Mas o sentimento do justo e do injusto é um elemento permanente da natureza humana. Encontra-se elle em todas as épocas e em todos os graus de civilização, na alma de todos os homens, os mais sabios e os mais ignorantes. Este sentimento de justiça é variavel nas suas modalidades e nas suas applicações, mas é geral e constante no seu fundo, que é ao mesmo tempo proporção e igualdade. Elle é de tal modo inherente á natureza social e individual do homem, que é, por assim dizer, uma forma da nossa intelligencia social... O homem não póde representar as cousas senão sob o angulo da justiça commutativa e distributiva. Esta representação, em alguns obscura, incompleta, balbuciante, noutros clara, a se exprimir forte e nitidamente, existe em todo homem e em todos os tempos" (33).

(33) LÉON DUGUIT, *Traité de Droit Constitutionnel*, I, § 8, 2.ª ed., Ancienne Librairie Fontemoing (E. de Boccard, successeur), Paris, 1921, pgs. 50 e 54.

CLOVIS AUGUSTO BRIANT

Assim escreve esse autor tão discutido, que veiu subverter os conceitos fundamentaes da sciencia juridica do seu tempo, com um desdem absoluto pelos "immortaes principios" de 1789, reputados intangiveis no juizo dos theoricos da soberania do povo. Negou Léon Duguit a soberania popular, a personalidade collectiva do Estado e dos agrupamentos, até mesmo a noção de direito subjectivo. Na introducção ao seu volume sobre o Estado e o direito objectivo, chegou a confessar que vinha fazer uma obra negativa, tendo em vista dizer "não o que é o Estado, o que é o direito, mas antes o que elles não são".

Por alguns considerado um revolucionario da sciencia juridica, cujo systema realista parece ter levado ao extremo as negações do positivismo, Léon Duguit apresenta, entretanto, a proposito do fundamento do direito, reflexões comparaveis ás magnificas passagens de Cicero sobre a lei natural.

Voltemos á eloquencia dos textos.

"Em nosso pensamento, se o poder politico é simplesmente o poder dos mais fortes, um simples facto, ha, comtudo, uma regra que se impõe aos mais fortes como a todos. Essa regra é a regra de direito... permanente no seu

principio, essencialmente mutavel nas suas applicações. Fundada na coincidencia dos fins sociaes e individuaes, essa regra acha sua primeira expressão na consciencia dos homens, sua expressão mais completa no costume, na lei positiva, e se realiza pela coacção material do Estado, que é assim a força posta ao serviço do direito, não de um pretendido direito subjectivo, mas de uma regra social das consciencias e das vontades individuaes" (34).

Por outras palavras, Duguit não faz mais do que reproduzir o conhecido pensamento de Cicero: *res et ab natura profectas et ab consuetudine probatas legum metus et religio sanxit* (35). O direito deriva da natureza e é sanccionado pelo costume e pela lei. O costume e a lei são as fontes reveladoras do direito, "sua expressão mais completa", no dizer de L. Duguit. Mas o fundamento do direito não é a norma consuetudinaria ou escripta e sim essa regra que "acha sua primeira expressão na cons-

(34) L. DUGUIT, *Études de Droit Public*, I: *L'État, le droit objectif et la loi positive*, A. FONTEMOING, Paris, 1901, Intr. § II, pgs. 10-11. No mesmo volume, á pagina 532: *Le détenteur de la force peut toujours par la force imposer sa volonté, mais le droit reste toujours intact e supérieur.*

(35) M. T. CICERO, *De Inventione*, II, 53, 160.

ciencia dos homens". Tal regra, para o proprio Duguit, é uma lei natural: "O principio que nós propomos é sem duvida positivo; scientificamente não se pode formular um outro; mas elle permanece estavel emquanto houver homens, *porque é tirado do homem mesmo, de sua dupla natureza individual e social*" (36).

Com essa idéa, pretende Duguit dar ao direito um fundamento absoluto, sem reconhecer expressamente nenhuma especie de direito natural, mas apenas manifestando um conceito que vem da observação positiva dos factos sociaes. Chega a criticar vivamente o positivismo juridico de Jellineck e Laband, por cahirem estes em contradicção e admittirem implicitamente o direito natural. Laband e Jellineck querem reduzir o direito ao que é estatuido pela lei positiva. Mas, segundo esses autores, não é de um modo arbitrario que o Estado produz o direito. Elles ensinam que, do ponto de vista historico, o direito nasceu espontaneamente, antes da intervenção do Estado e que a decisão do poder politico é a verdadeira lei quando modifica a "esphera de activi-

(36) L. DUGUIT, *L'État, le droit objectif et la loi positive*, cap. II, § II, p. 100. O grypho é nosso.

dade juridica dos individuos" (sic). Ora, pondera Léon Duguit, esta esphera de actividade juridica não póde ser creação de leis positivas anteriores, porque, por hypothese, taes leis não existem. "Logo, ella só pode resultar do direito natural, isto é, pertencer ao individuo em sua qualidade de homem. E a lei positiva será, então, a decisão duma autoridade politica, que modifica num interesse commum a esphera de actividade juridica natural do individuo, os direitos individuaes naturaes. E' precisamente a definição de lei que dão os representantes das doutrinas de direito natural. Jellineck e Laband, apesar de suas invectivas contra as theorias de direito natural, chegam finalmente aos mesmos resultados que estas" (37).

Não é de se admirar mais esta contradicção do positivismo juridico, por Léon Duguit apontada naquelles autores allemães. Mas em contradicção analoga cahiu o proprio Duguit ao rejeitar o direito natural e, por outro lado, affirmar que o homem é naturalmente sociavel, que elle precisa da sociedade para viver

(37) L. DUGUIT, *L'État, le droit objectif et la loi positive*, p. 518. Sobre IHERING, JELLINECK e LABAND: op. cit., pgs. 105 a 131 e 512 a 520.

e, por isso, precisa agir de accôrdo com esse principio "tirado delle mesmo, de sua dupla natureza individual e social".

Se Jellineck e Laband admittem os direitos subjectivos naturaes, sem dar por isso, Duguit admitte da mesma forma o direito natural objectivo, a lei natural... Não lhe reconhece a essencia moral, mas lhe attribue uma essencia social. Outro não é o sentido da sua noção de "direito objectivo", isto é, da regra de direito que se impõe ao poder do Estado, dessa regra que existe "sem o soberano e acima do soberano", e tem um caracter eminentemente social (38).

(38) L. DUGUIT, *l'État, le droit objectif et la loi positive*, pgs. 11 e 13. ("Toute la législation positive de nos codes a été établie sur le fondement du droit individuel; et le droit est social, exclusivement social"). Ha, pois, em DUGUIT a idéa dum direito natural fundado em a natureza social do homem. Dizemos que essa concepção do direito natural tem fundamento psycho-sociologico porque DUGUIT, depois de averiguado o facto da sociabilidade, procura tornal-o intelligivel e então parte da consciencia do proprio eu para dahi chegar á consciencia da solidariedade social e da regra do direito. (*L'État, le droit objectif et la loi positive*, capitulo I). Embora, ao contrario de MICELLI, fazendo prevalecer o factor social sobre o individual, não é a concepção de DUGUIT estrictamente sociologica, como p. ex. a de DURKHEIM.

Só na sociedade, não no individuo, é que se acha o fundamento do direito. Este direito não é um poder, é uma regra objectiva. Não é tão pouco uma regra moral e sim uma regra de facto: impõe-se aos homens, prescindindo de qualquer principio, — bem, interesse ou felicidade, — simplesmente em virtude e pela força dos factos, porque o homem vive em sociedade e não pode viver de outro modo. Sente-a todo homem, formula-a o sabio, e o legislador positivo assegura o seu respeito.

Ao contrario das leis do mundo physico ou biologico, que são *leis de causa*, é a regra de direito uma *lei de fim* (sic). Oppõe-se Duguit á biologia social dos organicistas e á physica social de Comte. Taes systemas, diz elle, tiveram a vantagem de mostrar que a sociedade não é um facto voluntario e artificial, mas espontaneo e natural; entretanto, encerram um grande erro, o de identificar os factos sociaes com os phenomenos physicos ou biologicos. O *factor essencial* dos factos sociaes é o homem, *ser consciente de seus actos*. Os actos humanos são determinados por fins escolhidos conscientemente. E a regra de direito é a regra da legitimidade dos fins: todo fim que a ella se conforma é legitimo, todo acto praticado em

vista de um fim legitimo tem valor social, isto é, juridico. As leis physicas ou biologicas determinam relações de causa a effeito, ao passo que a regra social estabelece a legitimidade da conducta humana. Ella não é, porem, uma regra moral, pois não determina o valor intrinseco dos actos individuaes.

CLOVIS AUGUSTO BRIANT

O facto que dá origem á regra de direito é a *solidariedade*. Os homens são solidarios entre si: teem necessidades communs que só podem ser satisfeitas por uma acção em commum, teem aptidões differentes e necessidades diversas que só uma permuta de serviços póde satisfazer. Dahi uma dupla solidariedade: solidariedade por semelhança e solidariedade por divisão do trabalho, constituindo ambas o fundamento do direito. E neste ponto segue Duguit a lição de Durkheim.

A idéa de solidariedade, em Duguit, é a expressão do facto da sociabilidade humana. Se o homem quizer viver, como elle só póde viver em sociedade, deve conformar seus actos ás exigencias da solidariedade social.

Esses actos, praticados pelo homem, são actos conscientes, como já vimos. Duguit não chega a affirmar que sejam livres. Afasta este problema dizendo que ninguem sabe se o

homem é ou não dotado de liberdade. Na sua opinião, não se sabe tão pouco, nem se poderá jamais saber, se as forças da natureza e da vida são forças conscientes. O certo é que as acções humanas são conscientes dos fins que teem em vista.

O facto irreductivel que deve estar na base de todos os estudos sociaes é o pensamento individual consciente de si mesmo (39).

Tendo consciencia de si proprio, dos fins de seus actos e, portanto, de suas aspirações, o homem tem tambem consciencia de seu soffrimento (40).

O sentimento da vida individual, tornando-se preciso na consciencia, produz a vontade

(39) É o principio cartesiano: *je pense, donc je suis.* Tal principio "c'est la constatation d'une réalité incontestable, la seule réalité incontestable. La *chose en soi* au sens de la philosophie allemande, est la pensée individuelle. Nous serons tentés de dire seulement: la chose en soi est la souffrance individuelle. Mais au fond l'idée est exactement la même". (L. DUGUIT, *L'État, le droit objectif et la loi positive*, cap. I, § I, p. 26).

(40) O soffrimento impressiona vivamente LÉON DUGUIT: "la douleur n'est pas une vain mot, comme le voulait la philosophie stoicienne; elle est bien une réalité, la plus incontestable des réalités" (op. cit., p. 31). "En fait l'homme a toujours voulu et voudra toujours moins souffrir, et là est pour nous l'unique facteur de ses pensées et des ses actes". (Idem, p. 50).

de viver, sentimento universal e constante, que reveste principalmente a forma de aspiração de diminuir os proprios soffrimentos. O homem soffre e sabe que soffre, quer soffrer menos e percebe que a vida em sociedade diminue os seus soffrimentos.

A sociedade é, por sua vez, um facto constante e universal. Nenhuma observação permitte affirmar que, em certa epoca da historia ou da prehistoria, vivesse o homem isolado de seus semelhantes. O agrupamento humano é um facto natural que se traduz na consciencia dos individuos por este pensamento: os membros de um grupo teem a mesma necessidade de viver e a mesma necessidade de diminuir os soffrimentos, sendo que só a vida em commum póde obter esse duplo resultado.

Deante desse desejo de viver e da aspiração de diminuir os soffrimentos, compenetram-se os homens da grande solidariedade que os une. Assim, segundo Duguit, percebemos no homem uma dupla natureza, ao mesmo tempo individual e social. Realmente, quanto mais se desenvolve a propria individualidade, mais unido aos outros se sente o homem, isto é, mais sociavel, mais dependente dos seus semelhantes, mais solidario com elles. Compre-

hendendo que a vida no grupo lhe assegura o menor mal, o homem acceita essa solidariedade e se submette á regra de direito della resultante.

Posteriormente, Duguit explicou melhor a coexistencia do sentimento de solidariedade com outro sentimento que se acha na origem do estado de consciencia creador da regra de direito — o sentimento de justiça. Os dois elementos essenciaes da formação e da transformação da regra do direito são: 1.º) — a consciencia, que a massa de individuos de um grupo tem, de ser uma determinada regra moral e economica essencial para a manutenção da solidariedade social; 2.º) — a consciencia de que é justo sanccional-a (41).

Depois de haver demonstrado que a consciencia da solidariedade social implica a consciencia de uma regra de conducta, conclue Duguit que a noção de regra de conducta é essencialmente connexa e dependente da solidariedade, apresentando-nos, em resumo, a seguinte formula: "Nada fazer que diminua a solidariedade social por semelhança, nem a solidariedade social por divisão do trabalho; fazer

(41) L. DUGUIT, *Traité de Droit Constitutionnel*, I, § 8, p. 47.

tudo o que estiver ao seu alcance para augmentar a solidariedade social nas suas duas formas" (42).

Essa regra, que tem o seu fundamento na sociedade, destina-se a ser applicada aos individuos, isto é, ás consciencias individuaes. Rejeita Duguit a idéa de "consciencia collectiva" e até mesmo de personalidade collectiva do Estado. Por isso, quando diz que a regra de direito objectivo se applica ao Estado, limitando o seu poder, entende com isso que ella se applica aos individuos que governam e que são os mais fortes na sociedade.

A formula acima enunciada é um principio generalissimo de obrigação, cujas applicações são infinitamente variaveis. Sempre é verdade que o homem deve subordinar a sua conducta ás exigencias da solidariedade social, mas outra é a questão de saber quaes são essas exigencias. Então, a regra de direito pode modificar-se. Por outras palavras, o conteúdo da regra objectiva está sempre em transformação, variando com a época e o logar (43).

(42) L. DUGUIT, *L'État, le droit objectif et la loi positive*, cap. II, § I, p. 91.

(43) É exactamente a parte mutavel da regra de direito que o legislador deve perceber, traduzindo-a nas formulas precisas da lei positiva: "la loi est essentiellement

Com toda a clareza, admitte, pois, Duguit um principio formal absoluto que é o fundamento do direito, immutavel em si mesmo, variavel nas suas applicações.

E tambem Duguit inadvertidamente engloba, na condemnação do direito natural individualista, todo o direito natural.

Assim é que elle confunde direito natural e direito ideal: "Admittindo a existencia de uma regra de conducta que repousa sobre um fundamento permanente, nós repellimos as doutrinas de direito natural, que consideram esta regra como absoluta e immutavel, algumas vezes ignorada e obscurecida, mas sempre viva, formando o ideal social a que devem aspirar todas as sociedades humanas, que serão tanto mais civilizadas quanto mais se approximarem desse ideal. Ao mesmo tempo, cremos escapar á critica por nós mesmos feita á sociologia contemporanea, de ser incapaz de determinar um principio fixo para a conducta do homem." (44).

---

la constatation par les gouvernants d'une règle de droit objectif". (*L'État, le droit objectif et la loi positive*, cap. VII, p. 502).

(44) L. DUGUIT, *L'État, le droit objectif et la loi positive*, p. 100. No seu Tratado de Direito Constitucional, mais

São ainda de Duguit estas considerações: "Não temos em vista as doutrinas de direito natural hoje desacreditadas e que, fundadas nos direitos subjectivos reconhecidos aos individuos, são completamente differentes das idéas aqui desenvolvidas. Vemos no direito apenas uma regra de conducta social, e se o homem tem direitos subjectivos, elles derivam dessa regra de conducta. As doutrinas de direito natural, ao contrario, fazem a regra juridica derivar de pretendidos direitos subjectivos que pertencem ao homem em sua qualidade de homem." (45).

CLOVIS AUGUSTO BRIANT

---

uma vez DUGUIT identifica o direito natural com o direito ideal, declarando, aliás, consentir na expressão "direito natural" para designar a sua propria doutrina, desde que não seja tal expressão entendida como um "direito ideal". Depois de haver justificado a obrigatoriedade da norma juridica, escreve: "Não me opponho a que se chame a norma juridica, assim comprehendida, de direito natural, que se diga, como GÉNY, PLATON e CHARMONT, que é isso voltar ao direito natural. Mas é preciso entender-se sobre as palavras e designar cousas differentes por palavras differentes. Até hoje, chamava-se de direito natural o direito concebido como fundado num principio superior, sempre identico a si mesmo na sua essencia, mesmo que fôsse variavel nas suas manifestações; direito ideal absoluto do qual os homens deviam procurar approximar-se cada vez mais. (*Traité de droit constitutionnel*, 2.ª ed., Paris, 1921, p. 72).

(45) L. DUGUIT, *L'État, le droit objectif et la loi positive*, p. 105.

Com effeito, as doutrinas individualistas fazem a regra juridica derivar dos direitos subjectivos, em virtude do principio da autonomia da vontade. Consideram a lei uma expressão da vontade popular e a sociedade, o resultado de um contracto. Mas na concepção tradicional, "se o homem tem direitos subjectivos" é precisamente porque elles "derivam dessa regra de conducta" que é a lei: lei positiva, fundamento dos direitos subjectivos positivos; lei natural, fundamento dos direitos subjectivos naturaes.

E' pena que Léon Duguit não chegasse a conhecer perfeitamente o objectivismo da concepção classica de direito natural, de que elle, por vezes, com algumas de suas proprias idéas, tanto se approximou.

* * *

Eis ahi, em linhas muito geraes, o pensamento de grandes mestres do positivismo juridico sobre o fundamento do direito. Apesar de paladinos da reacção modernamente operada contra o direito natural, elles admittem esta idéa, ainda que por vezes sem o perceber.

Foi o positivismo, em philosophia, uma tentativa mallograda de substituir a metaphysica por uma synthese das sciencias particulares. Limitando o ambito do conhecimento á experiencia sensivel, deu assim origem a uma nova metaphysica, se bem não das mais consequentes. A affirmação de que só é legitimo o conhecimento sensivel, implica uma epistemologia aprioristica e que se oppõe ao senso commum: é uma affirmação que não provem da experiencia, que não se demonstra e nem se impõe por evidente.

Em direito, frustrou tambem o positivismo, ao pretender desfazer-se da idéa de direito natural.

Devemos, a proposito, distinguir um duplo ponto de vista: o da sciencia e o da philosophia do direito. A philosophia do direito tem por objecto a essencia do direito — *quid sit jus*. A sciencia do direito tem por objecto o conhecimento empirico do direito.

Muitas vezes, como dissemos, o positivismo prescinde da philosophia do direito, cingindo-se a construcções empiricas em que se reunem os elementos communs de diversos systemas juridicos ou dos varios ramos do direito posi-

tivo. É o que se dá com o "direito puro" de Picard, a "jurisprudencia analytica" de Austin e a "theoria geral do direito" ou a "encyclopedia juridica" de Merkel. Nenhuma destas tendencias chega a constituir, em absoluto, uma philosophia do direito. São syntheses scientificas que não excedem a pura phenomenologia e longe estão de poder realizar aquelle ideal apontado por Cicero: *Non ergo a praetoris edicto, ut plerique nunc, nec a XII Tabulis, ut superiores, sed penitus ex intima philosophia hauriendam juris disciplinam* (46).

Taes syntheses ou generalizações, sem caracter philosophico, alargam bastante a esphera do conhecimento empirico do direito, remontando-se ás instituições juridicas dos povos selvagens ou primitivos, comparando o direito actual ao preterito, fazendo resaltar os preceitos communs aos differentes ramos do systema juridico de um povo.

Na sciencia do direito, sem entrar em indagações sobre a essencia do phenomeno juridico, semelhantes processos conduziram incontestavelmente a resultados apreciaveis. Mas é uma illusão pensar que taes resultados

(46) M. T. CICERO, *De Legibus*, I, V.

dispensem a philosophia do direito. Eis porque, entre os proprios positivistas, alguns procuraram completar, por uma explicação racional do direito, a vasta somma de conhecimentos accumulada pelo jurista encyclopedico.

Em que consiste essencialmente a ordem juridica? Será um simples producto da força dominante no meio social? Ou a razão do direito e da justiça reside num principio superior ás determinações positivas e decorrente da natureza das cousas?

Eis a questão que Spencer, Pedro Lessa, Icilio Vanni, Micelli e Léon Duguit tratam de solucionar. Vanni e Micelli criticam os que se contentam com a theoria geral do direito, referindo-se especialmente a Austin e Merkel (47). E todos aquelles autores, cujas doutrinas examinamos, mostram que o direito tem por fundamento um principio resultante da propria natureza humana.

Resignam-se uns com attribuir ás imposições da força social — poder absoluto do soberano ou vontade do povo — o valor de principio fundamental de toda a ordem juridica.

(47) I. VANNI, op. cit., pgs. 25 e 26. V. MICELLI, op. cit., pgs. 21, 22 e 23.

CLOVIS AUGUSTO BRIANT

Mas os positivistas que comprehendem a necessidade da philosophia juridica para justificar o direito positivo e dar uma explicação satisfactoria do sentimento de justiça, ao qual repugna a identificação do direito com a força, — esses nos conduzem ineluctavelmente á noção do direito natural.

Tem toda a razão o eminente Del Vecchio, ao dizer: "A idéa de direito natural é, na verdade, daquellas que acompanham a humanidade no seu desenvolvimento; e se, como, de certo, tem occorrido, principalmente em nossos tempos, algumas escolas fazem profissão de excluil-a ou ignoral-a, ella se affirma, poderosamente, na vida. Por isso é vã e incongrua a tentativa de repudial-a" (48).

Como o positivismo philosophico não conseguiu sobrepôr-se á metaphysica, tão pouco ao positivismo juridico foi possivel banir da philosophia do direito a idéa de direito natural.

(48) G. Del Vecchio, *Sobre os principios geraes do direito*, traducção autorizada, prologo de Clovis Bevilaqua, Typ. "Jornal do Commercio", Rio de Janeiro, 1937, p. 22.

CAPITULO TERCEIRO

A NECESSIDADE DO DIREITO NATURAL

A persistencia do direito natural, nas proprias doutrinas dos seus adversarios, testifica a necessidade desse conceito, em que se estructura toda a ordem juridica.

Seriam logicos os que não admittem o direito natural, se retirassem a expressão *direito* da linguagem scientifica, como propoz Augusto Comte (49).

Negar o direito natural é negar o principio absoluto da justiça. Ora, o direito ou é objecto da justiça, ou é simples producto das fluctuações do arbitrio legislativo. No primeiro caso, mantem a sciencia juridica a dignidade que já lhe haviam attribuido os romanos, definindo-a o conhecimento das cousas justas e injustas — *justi atque injusti scien-*

(49) A. Comte, *Système de politique positive*, I, 3.e éd., Paris, 1890, p. 361.

tia (50). Mas no segundo caso, torna-se o direito uma simples arte a serviço da habilidade ou da força, emquanto, para os homens de Estado, as leis e os tratados se reduzem a méros *chiffons de papier*. Eliminado o conceito de direito natural, não ha nenhuma razão sufficiente para que o legislador deva promover o bem commum, os subditos devam obedecer á autoridade, os contractos devam ser observados. É por recuarem ante a inexorabilidade de taes consequencias, que os proprios positivistas affirmam, muitas vezes, a existencia de um principio universal e permanente, superior á vontade humana e que constitue o fundamento da ordem juridica.

Este mesmo argumento, em que se patenteia a necessidade do direito natural pelas consequencias absurdas oriundas de sua negação, foi assim empregado por Cicero, no *De Legibus*: "Se a vontade dos povos, os decretos dos chefes, as sentenças dos juizes, constituissem o direito, então para crear o direito ao latrocinio, ao adulterio, á falsificação dos testamentos, seria bastante que taes modos de agir tivessem o beneplacito da sociedade. Se tanto

(50) ULPIANO, D.1.1.10,2.

fosse o poder das sentenças e das ordens dos insensatos, que estes chegassem ao ponto de alterar, com suas deliberações, a natureza das cousas, por que motivo não poderiam os mesmos decidir que o que é mau e pernicioso se considerasse bom e salutar? Ou por que motivo a lei, podendo transformar uma injuria em direito, não poderia converter o mal no bem? É que, para distinguir as leis boas ou más, outra norma não temos que não a da natureza" (51).

É admiravel como os romanos, cujos ensinamentos assaz contribuiram para se formar o lastro da doutrina classica do direito natural, tão nitidamente souberam comprehender a dependencia que une o conceito de justiça ao conceito de bem (52).

Na hypothese de não haver entre o bem e o mal nenhuma distincção intrinseca, não ha egualmente nenhuma razão de ser para se ad-

(51) M. T. CICERO, *De Legibus*, I, XVI.

(52) Veja-se, por exemplo, este trecho de ULPIANO: *justitiam namque colimus et boni et aequi notitiam profitemur, aequum ab iniquo separantes, licitum ab illicito discernentes...* (D.1.1.1.,1). Seja lembrada ainda a conhecida definição de CELSO: *jus est ars boni et aequi* (D.1.1.1, pr.).

CLOVIS AUGUSTO BRIANT

mittir uma justiça objectiva. E é a lei natural, norma da bondade ou da malicia das acções, que permitte distinguir as leis boas das más, isto é, as leis justas das injustas. Tal é o sentido da passagem acima de Cicero.

O primeiro principio da lei natural consiste na obrigação de fazer o bem e evitar o mal. É esse principio o fundamento da obrigação moral e tambem o fundamento racional do direito. Emquanto a moral se occupa com todo o bem, o direito tem por objecto a parte do bem que constitue o justo (53).

A justiça determina que se dê a cada um o que lhe é estrictamente devido, e a isto chamamos justo. Ora, ha muitas cousas que são devidas a alguem *ex ipsa natura rei*, independentemente das determinações de qualquer lei positiva.

Se não ha uma justiça natural que o legislador deve respeitar, segue-se que a justiça é

(53) É o bem honesto, isto é, appetecivel por si mesmo e conforme á natureza racional do homem, que fundamenta a lei natural, e não o bem util ou deleitavel. A distincção entre acções honestas e deshonestas suppõe que se acceite uma distincção intrinseca entre o bem e o mal. No direito romano, o conceito de bem honesto é de origem estoica (Cf. FELIX SENN, *De la justice et du droit — explication de la définition traditionnelle de la justice*, Recueil Sirey, Paris, 1927).

um simples nome, um *flatus vocis*, e na realidade o que existe são as ordens do poder: *justum quia jussum est*.

Dahi a disjuncção que apresentamos acima e para a qual é impossivel encontrar um terceiro membro: ou o direito é objecto da justiça, e neste caso ha um direito natural; ou não ha direito natural, e neste caso o direito é producto do arbitrio legislativo, o qual, por sua vez, é expressão da força predominante na sociedade.

Fóra do direito natural e da justiça, não existe nenhum criterio objectivo que possa impôr-se ao legislador e cohibir o seu arbitrio.

Ha quem pretenda encontrar esse criterio na utilidade social, prescindindo de qualquer idéa de direito natural. Á primeira vista, póde parecer que a lei natural não seja a unica norma capaz de impedir o arbitrio nas determinações da autoridade. Reconhecendo-se que as leis devem ser feitas tendo em mira a utilidade social, já não se fixa um limite, uma orientação objectiva para o direito positivo?

É incontestavel que a utilidade social não pode ser eliminada das cogitações do jurista. A lei é um preceito racional; deve, pois, con-

formar-se á recta razão, ao direito natural. Mas é um preceito racional *para o bem commum;* e por isto, deve conformar-se tambem ao interesse social. Justiça e utilidade social são os dois criterios supremos da ordem juridica positiva (54).

Mas quando se diz que o direito positivo deve ser conforme á utilidade social, ou melhor, que se destina o direito positivo a promover o bem commum, isto já é determinação de um principio mais geral, anteriormente admittido, e suppõe:

1 — a obrigação de fazer o bem;

2 — a noção objectiva de bem commum e o conhecimento dos fins da actividade humana (55).

Em não se admittindo essas duas supposições, das quaes decorre o direito natural,

(54) A propria razão assim o exige. A justiça não se oppõe á utilidade social: *Justitia est habitus animi communi utilitate conservata, suam cuique tribuens dignitatem* (M. T. CICERO, *De Inventione*, II, 53, 160).

(55) Que se deve fazer o bem e evitar o mal, é um principio evidente. Quaes sejam os fins da actividade humana, podemos saber atravez da observação dos factos, isto é, pelo conhecimento experimental das inclinações naturaes do homem. Baseia-se, pois, o direito natural na evidencia, e na observação dos factos.

deixa de existir o criterio objectivo com que se procura limitar a vontade do legislador. E a propria utilidade social passa a depender exclusivamente das determinações positivas, nada impedindo que o interesse proprio de quem faz as leis prevaleça sobre o interesse commum.

* * *

Pelos conceitos de bem e de fim, que são correlativos, o direito se prende á metaphysica.

O bem é o objecto natural da vontade, assim como o ser é o objecto natural da intelligencia. Do conhecimento do ser resulta immediatamente o principio de contradicção e os outros principios evidentes que delle dependem, taes como os de razão sufficiente, finalidade e causalidade, presuppostos necessarios de toda sciencia e sem os quaes a realidade nos é inintelligivel. E da tendencia natural da vontade para o bem resulta o primeiro principio da ordem moral — *bonum est faciendum et prosequendum, et malum vitandum* — presupposto necessario de qualquer acção e de todas as sciencias praticas.

Esse principio nada mais é do que um aspecto do principio de finalidade, no ponto de vista da razão pratica, ordenadora das acções humanas (56).

Segundo o principio de finalidade, todo agente opera em vista de um fim, pois do contrario não haveria razão sufficiente para se seguir de sua acção um determinado effeito em vez de outro, a não ser pelo acaso (57).

Ora, dizer que todo agente opera em vista de um fim e que todo agente procura o seu proprio bem são expressões equivalentes. O fim implica a idéa de bem. Se assim não fosse,

(56) Cr. GARRIGOU LAGRANGE, *Le réalisme du principe de finalité*, Desclée De Brouwer, Paris, pgs. 139-141. Razão especulativa e razão pratica não são duas faculdades diversas, mas diversos modos de ser da mesma faculdade. A razão pode simplesmente conhecer as cousas, ou conhecer com um objectivo pratico, para dirigir a acção. Em ambos os casos, a faculdade de conhecimento é a mesma. Mas, emquanto a razão especulativa se limita a conhecer o *que é*, a razão pratica diz *o que deve ser*, i. é, como o homem deve agir para realizar determinados fins. Note-se que os principios assim estabelecidos pela razão pratica dirigem remotamente a acção, devendo ser completados pela *prudencia*. Ahi está o fundamento da distincção entre sciencias especulativas ou theoricas (psychologia, biologia, physica, chimica, etc.) e operativas ou praticas (moral, direito, economia politica, etc.).

(57) Cf. ARISTOTELES, *Phys.*, II e SANTO THOMAZ DE AQUINO, *S. Th.*, I.ª, II.ªᵉ, q. 44, art. 4 e *Contra Gent.*, III, 2 e 3.

o fim não attrahiria o agente, pois este só encaminha a sua actividade para algo que lhe convenha. E, pois que todo agente procura realizar um fim que é para si um bem, o homem, agente racional, deve agir para um fim racional, conforme á sua natureza, e este fim é o bem honesto, não simplesmente o bem util ou deleitavel.

Bem honesto é o bem appetecivel por si mesmo, independentemente de qualquer utilidade ou prazer subsequente. Bem util é o que se deseja como um meio para alcançar outro bem. Bem deleitavel é o que proporciona um prazer sensivel. É o bem honesto, isto é, o bem conforme á recta razão, que especifica a ordem moral e juridica. Quanto ao bem deleitavel, deve conformar-se ao bem honesto, sob pena do homem degradar-se ao nivel dos animaes brutos, que vivem só pelos sentidos.

Emquanto o direito natural classico se fundamenta no bem honesto, o positivismo procura geralmente encontrar o fundamento objectivo do direito no bem util. Ora, o bem util só pode ser comprehendido como um *meio*, ao contrario do bem honesto, que se procura por si mesmo, e do bem deleitavel, que é o termo

CLOVIS AUGUSTO BRIANT

dos movimentos do appetite sensivel. Só o bem honesto e o bem deleitavel constituem propriamente um *fim*. E por isso, não pode o bem util especificar as nossas acções, porque a moralidade destas depende do fim que teem em vista.

Eis a razão pela qual os positivistas que fundamentam suas doutrinas no bem util são incapazes de construir uma philosophia do direito completa.

* * *

Vivos e acalorados teem sido os debates em torno do direito natural. Não crêmos que os preconceitos accumulados contra esta idéa possam amortecer o echo das pregações feitas pelos juristas que, em grande numero e entre os mais notaveis, reatam os laços quasi inteiramente rompidos de uma tradição multisecular.

Infelizmente, porem, a alguns dos novos adeptos do direito natural falta um melhor conhecimento da authentica philosophia que permittiu áquella tradição produzir os seus mais sazonados fructos. E para comprehender o direito natural, tal como se formou atravez do

longo evolver de doutrinas que remonta a Aristoteles e ao direito romano, é preciso conhecer as suas bases metaphysicas.

Alludindo a certos principios fundamentaes da metaphysica do ser, particularmente dignos de attenção pelas suas repercussões na philosophia do direito, quizemos indicar algumas verdades que os actuaes propugnadores do direito natural nem sempre teem posto em evidencia como seria de desejar. Taes, por exemplo, o principio de finalidade e a reducção da idéa de justo á idéa de bem.

Verdades de senso commum como estas, são as que mais patenteiam a necessidade do direito natural e a insufficiencia do positivismo juridico.

Lembremos que o senso commum não é toda a philosophia, mas deve servir de ponto de partida a qualquer systema philosophico que não queira ser um devaneio ou uma confissão da incapacidade da razão humana para attingir a verdade.

Nas distincções, feitas pelo senso commum, entre o bem e o mal, o justo e o injusto, está a origem do conceito de direito natural. Desde que se admitte que o direito se reduz

á justiça e a justiça se reduz ao bem, deve-se necessariamente admittir que ha um direito natural.

O positivismo juridico absoluto é incompativel com aquellas distincções. Como dissemos, de inicio, e pensamos haver demonstrado no transcurso destas paginas, o positivismo juridico absoluto, isto é, o que nega o direito natural, só é defensavel, sem illogismo, pelos que reduzem o direito ás determinações arbitrarias da força preponderante na sociedade.

CLOVIS AUGUSTO BRIANT

BIBLIOGRAPHIA

OBRAS CONSULTADAS:

ARISTOTELES — *Opera omnia,* Firmin Didot, Paris.

ATHAYDE (TRISTÃO DE) — *Introducção ao direito moderno, 1.ª parte: O materialismo juridico e suas fontes,* Edição do Centro D. Vital, Rio de Janeiro, 1933.

AZEGLIO (TAPARELLI D') — *Essai théorique de Droit Naturel basé sur les faits,* Casterman, Tournai, 1875.

BATTINO (R.) — *Les doctrines juridiques contemporaines en Italie,* Pédone, Paris, 1939.

BEUDANT (C.) — *Le droit individuel et l'État,* 2.ª ed., A. Rousseau, Paris, 1891.

BONNECASE (J.) — *Introduction à l'étude du droit,* R. Sirey, Paris, 1931.

BONNECASE (J.) — *La notion de Droit en France au dix-neuvième siècle,* Boccard, Paris, 1919.

BONNECASE (J.) — *Science du droit et romantisme,* R. Sirey, Paris, 1928.

BROGLIE — *La réaction contre le positivisme,* Plon, Paris.

CATHREIN (V.) — *Philosophia moralis* — Herder Friburgi Brisgoviae, 1925.

CICERO (M. T) — *De finibus bonorum et malorum,* ed. "Classiques Garnier", Paris.

CICERO (M. T) — *De Inventione,* idem.

CICERO (M. T) — *De Legibus,* idem.

CICERO (M. T) — *De Republica,* idem.

COGLIOLO (P.) — *Filosofia del diritto privato,* G. Barberá, Firenze, 1888.

COMTE (A.) — *Cours de philosophie positive,* Baillière et fils, Paris, 1877.

CLOVIS AUGUSTO BRIAN

COMTE (A.) — *Système de politique positive*, t. I, 3.ª ed., Paris, 1890, e t. IV, Carilian Goeury et V.or Dalmont, Paris, 1854.

CORNIL (G.) — *Le droit privé* (*Essai de sociologie juridique simplifiée*), Giard, Paris, 1924.

CORREIA (A.) — *O conceito de* ius naturale, gentium et civile *no Direito Romano*, Liv. Odeon, S. Paulo.

CORPUS JURIS CANONICI — J. Boehmerius, Hallae Magdeburgi, 1747.

CORPUS JURIS CIVILIS — com traducção hespanhola, Garcia del Corral, J. Molinas, Barcelona, 1889.

DABIN (J.) — *La philosophie de l'ordre juridique positif*, R. Sirey, Paris, 1929.

DEL VECCHIO (G.) — *Justice, Droit, État*, R. Sirey, Paris, 1938.

DEL VECCHIO (G.) — *Leçons de philosophie du droit*, trad. J. A. B., R. Sirey, Paris, 1936.

DEL VECCHIO (G.) — *Sobre os principios geraes do direito*, trad. autorizada, prologo de Clovis Bevilaqua, Typographia do "Jornal do Commercio", Rio de Janeiro, 1937.

DEPLOIGE (S.) — *Le conflit de la morale et de la sociologie*, Nouvelle Librairie Nationale, Paris.

DORADO MONTERO — *El positivismo juridico en la ciencia juridica y social italiana*, Ed. "Revista de Legislacion", Madrid, 1891.

DUGUIT (L.) — *Études de Droit Public*, I — *L'État, le droit objectif et la loi positive*, A. Fontemoing, Paris, 1901.

DUGUIT (L.) — *Traité de Droit Constitutionnel*, Ancienne Librairie Fontemoing (E. de Boccard, successeur), Paris, 1921.

EMMANUEL (F.) — *L'idée de droit* (*Essai sur quelques conceptions contemporaines*), Pédone, Paris, 1937.

FRAGUEIRO (A.) — *El positivismo juridico contemporaneo*, Imprenta de la Universidad, Cordoba, 1929.

GARRIGOU LAGRANGE (R.) — *Le réalisme du principe de finalité*, Desclée De Brouwer, Paris, 1932.

GÉNY (F.) — *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, 2.e ed., Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1932.

GÉNY (F.) — *Science et technique en droit privé positif*, R. Sirey, Paris, 1922.

GETTEL (R.) — *Historia de las idéas politicas*, Labor, Barcelona, 1930.

GREDT (J.) — *Elementa philosophiae aristotelico — thomisticae* 7.ª ed. ,Herder, Friburgi Brisgoviae, 1937.

GROPPALLI — *Philosophia do direito*, trad. Souza Costa, 2.ª ed., Livraria Classica Editora, Lisboa, 1926.

GROTIUS (H.) — *De jure belli ac pacis*, com notas e commentarios de Gronovius e Barbeyrac, Lausanne, 1751.

GRUBER (H.) — *Le positivisme depuis Comte jusqu'à nous jours*, trad. Ph. Mazoyer, Lethielleux, Paris, 1893.

GUELFI (F.) — *Enciclopedia giuridica* — N. Jovene, Napoli, 1905.

GURVITCH (G.) — *L'idée de drot social,* R. Sirey, Paris, 1932.

GURVITCH (G.) — *Natural law,* in *Encyclopaedia of the Social Sciences,* Macmillan, New York, 1937.

IHERING (R. Von) — *L'évolution du droit,* trad. Meulenaere, A. Marescq. ainé, Paris, 1901.

JELLINECK (G.) — *L'État moderne et son droit,* trad. G. Tardis, Giard & Brière, Paris, 1911.

LACHANCE (L.) — *Le concept de droit selon Aristote et Saint Thomas,* Levescque, Montréal, et R. Sirey, Paris, 1933.

LANGE (F. A.) — *Histoire du matérialisme,* trad. Pommerol, Schleicher, Paris, 1910.

LECLERCQ (J.) — *Leçons de Droit Naturel,* I — *Le fondement du droit et de la societé* — Ad. Wesmael — Charlier S. A., Namur, 1934.

LEDRU — ROLLIN — *De l'influence de l'école française sur le droit au dix-neuvième siècle* — in *Répertoire Général de Jurisprudence* (*Journal du Palais*), *Bureaux de l'Administration,* Paris.

LE FUR (L.) — *La théorie du droit naturel depuis le XVII.e siècle et la doctrine moderne,* in *Récueil des Cours de l'Académie de Droit International,* t. XVIII (1927, III), Hachette, Paris, 1928.

LE FUR (L.) — *Les grands problèmes du droit,* R. Sirey, Paris, 1937.

LESSA (P.) — *Estudos de philosophia do direito,* 2.ª ed., F. Alves, Rio de Janeiro, 1916.

MANSION (A.) — *Introduction à la physique aristotélicienne* F. Alcan, Paris, 1913.

MARTINEZ PAZ (E.) — *Sistema de filosofia del derecho,* "El Ateneo", Buenos Aires, 1935.

MARTYNIAK (C.) — *Le fondement objectif du droit d'après Saint Thomas d'Aquin,* P. Bossuet, Paris, 1931.

MASCHI (C. A.) — *La concezione naturalistica del diritto e degli istituti giuridici romani,* "Vita e Pensiero", Milano, 1937.

MEDINA ECHAVARRIA (J.) — *La situacion presente de la filosofia del derecho,* Editorial, "Revista de Derecho Privado", Madrid, 1935.

MEYERSON (E.) — *Del l'explication dans les sciences,* Payot, Paris, 1927.

MICELLI (V.) — *Principii di filosofia del diritto,* 2.ª ed., Societá Editrice Libraria, Milano, 1928.

MONTESQUIEU — *De l'esprit des lois,* Garnier, Paris, 1871.

OLGIATTI (F.) — *La riduzione del concetto filosofico di diritto al concetto di giustizia,* Giuffré, Milano, 1932.

PASQUIER (C. DU) — *Introduction à la théorie générale et à la philosophie du droit,* R. Sirey, Paris, et Delachaux & Niestlé S. A., Neuchatel, 1937.

PERTICONE (G.) — *La théorie du droit,* trad. G. Pâques, Hermann, Paris, 1938.

PICARD (E.) — *Le droit pur,* Flammarion, Paris, 1908.

RENARD (G.) — *Le droit, la justice et la volonté,* R. Sirey, Paris, 1924.

RENARD (G.) — *Le droit, la logique et le bon sens*, R. Sirey, Paris, 1925.

RENARD (G.) — *Le droit, l'ordre et la raison*, R. Sirey, Paris, 1927.

REY (A.) — *Leçons de philosophie*, Rieder, Paris, 1926.

RIPERT (G.) — *La règle morale dans les obligations civiles*, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1935.

RIVERA PASTOR (F.) — *Las doctrinas del derecho y del Estado*, V. Suarez, Madrid, 1910.

ROTHE (T.) — *L'esprit du droit chez les anciens*, R. Sirey, Paris, 1928.

ROUSSEAU (J. J.) — *Discours sur l'origine et les fondemens de l'inégalité parmi les hommes*, in *Oeuvres Complètes de J. J. Rousseau*, 1790.

ROUSSEAU (J. J.) — *Du contrat social* — idem.

ROUSSEL (A.) — *Encyclopédie du Droit*, 2.ª ed., Mayolez, Bruxelles, 1871.

SANTO AGOSTINHO — *Enarratio in Ps. 118*, in *Opera Omnia* (ed. maurina), Paris, 1841.

SANTO THOMAZ DE AQUINO — *In X Libros Ethicorum Aristotelis ad Nicomachum expositio*. Marietti, Taurini.

SANTO THOMAZ DE AQUINO — *Summa contra Gentiles*, idem.

SANTO THOMAZ DE AQUINO — *Summa Theologica*, idem.

SAVIGNY (F. C.) — *Traité de Droit Romain*, trad. Ch. Guenoux, Firmin Didot, Paris, 1855.

SENN (F.) — *De la justice et du droit* — R. Sirey, Paris, 1927.

SENN (F.) — *Les origines de la notion de jurisprudence*, R. Sirey, Paris, 1926.

SFORZA (W. C.) — *Lineamenti storici della filosofia del diritto*, Vallerini, Pisa.

SPENCER (H.) — *Justice*, trad. Castellot, Guillaumin, Paris. 1903.

SPENCER (H.) — *The principles of Ethics*, Williams and Norgate, London.

TAINE (H.) — *Les philosophies classiques du XIX.ᵉ siècle en France*, Hachette, Paris, 1923.

TANON (L.) — *L'évolution du droit et la consicence sociale*, F. Alcan, Paris, 1911.

VALENSIN (A.) — *Traité de Droit Naturel*, "Action Populaire", Paris, 1922.

VANNI (I.) — *Lezioni di filosofia del diritto*, 2.ª ed., Zanichelli, Bologna, 1906.

VAREILLES SOMMIÈRES — *Les principes fondamentaux du droit*, *Cotillon - Guillaumin*, Paris, 1889.

VIALATOUX (J.) — *La cité de Hobbes théorie de l'État totalitaire*, Librairie Lecoffre, Gabalda, Paris 1935.

VILLA (G.) — *L'idealismo moderno*, Bocca, Torino, 1905.

PUBLICAÇÕES PERIODICAS:

Annuaire de l'Institut International de Philosophie du Droit et de Sociologie Juridique, R. Sirey, Paris.

Archives de Philosophie du Droit et de Sociologie Juridique, R. Sirey, Paris.

Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto, Roma.

INDICE

CLOVIS AUGUSTO BRIANT

Êste livro foi composto e impresso
nas oficinas da "Empreza Gráfica
da "Revista dos Tribunais", á rua
Conde de Sarzedas, 38, São Paulo.